D. MELCHIORIS

DE VALENTIA

IVRISCONSVLTI

HISPANI.

EPISTOLICÆ IVRIS

EXERCITATIONES.

SIVE

EPISTOLÆ

AD ANTONIVM FABRVM IVRIS-conſultum Sebuſianum;

Cum eiuſdem ANTON. FABRI Reſponſis.



CVM LICENTIA.

Barcinone: Ex Prælo Antonij Lacaualleria, Anno Domini M, DC, XLVII.

D. MELCHIOR DE VALENTIA.

LECTORI S.

EXercitationes has, ſiue congreſſiones, quondam à me iuuene habitas, cum Doctiſſimo noſtræ ætatis Iuriſconſulto, Optimo, & illuſtriſsimo viro Antonio Fabro, in publicum ſecundo edere ſtudioſorum vota cogũt; quibus non inuitus obtempero; tum ne eruditiſsimis, & ſapiẽtiſsimis Antonij Fabri epiſtolis gloriam hanc inuiderem: tum quia ſemper glorioſum erit, cum tali tantoque viro in diſputationis arenam diſcendiſſe.

ANTONIVS PICHARDVS DE VINVESA I. V. D.

Primariæ legum Cathedræ in Salmanticenſi Academia Anteceſſor, Iuriſprudentiæ ſtudioſis S. P.

NOn certè minus hoc in litterariate contingere par eſt, quam in athletica accidiſſe conſtat: vt probatus, & clarus quiſque athleta victorijs palmiſque ſuis, non ſe ſolum, ſed patriam parentes, domum, ac præcipuè pædotribas, & gymnaſtas, quorum arte & opera profeciſſet, coronaret, nobilitaret, & communi ornaret præconio. Cum præſertim robur illud & vires miræ quantumuis, nil hominibus in commune conferrent, nil domi aut foris conſilio manuve iuuarent. Litteris vero, & patrij in primis iuris notitia, informati ciues maiorem maximumque etiám in modum populi ornamento & emolumento vtiles euadunt. *Quod enim munus* (ait Cicero) *Reipublicæ afferre maius, meliusve poſſumus, quam ſi docemus, atque erudimus iuuentutem?* Ego quidem, qui iuris docendi munus à Deo (vt arbitror) aſſignatum, & publicè mihi iniunctum per multos iam annos primarius profeſſor in clariſſima orbis Academia, vtcunque ſuſtineo, non immeritò gaudere gloriarique poſſe videor, diſcipulorum prouentu fœcundiſſimo in dies decoratus. Non enim dubium, quin ornatiſſimi, & laudatiſſimi diſci-

diſcipuli vbique terrarum eminentioribus è locis conſpicui, eruditione inſignes, dignitate illuſtres, conſilio & iudicijs nobiles, publicè priuatimque plurimis vtiliſſimi, & verbis, & re ipſa magiſtrum prædicent, & commendent, vt opus artificem. In his gloriæ meæ fructibus atque inter primos etiam, agnoſco, & vti egregium præmefero, & indico Melchiorem de Valentia Petri filium, Qui cum à pueritia, ac (fere dicam) ab infantia in litteris enutritus, paterna domeſticaque diſciplina, linguarum veterum notitia, & omnigena literatura tinctus ad iuriſprudentiæ ſtudia totum animum applicuiſſet, vir ingenio ſingulari, & laboris, vel vltra modum amans, mirum eſt quantum promouerit. Vt iam vix diſcipulum compellare & habere, ac nec vix quidem audeam; ſed ſtudiorum ſocium potius, & in Iuriſprudentiæ militia cõmilitonem ſtrenuum, exercitatiſſimumque numerare, & cenſere debeam. Palam ipſe, ſpero (per vitam, & valetudinem liceat) ſcriptis aliquando ſuis vbique faciet. Et hic Salmanticæ è Cathedra oſtendere aperte cœpit, non propter amorem ſolum, ſed propter doctrinam eximiam laudes ſe has, & maiores adhuc à me mereri. Expectationi tantæ fidem aliquam facturas EXERCITATIONES has paucas, domi quidem, & in paleſtra de difficillimis iuris quæſtionibus cum Fortiſſimo, & Clariſſimo omnium recentiorum in iuris Stadio athleta habitas in lucẽ proferre ſuaſi, & per auctoritatem amicitiamque ea ſingulariter ratione impulſus coegi, quod iudicem, non ſolum ad ſtudioſorum vtilitatem, ſed ad Patriæ gloriã pertinere, ſi hoc indicio ſpes fiat noſtrorum ingenia non minus aliquãdo quam exterorum ad ſubtiliorem hanc iuris interpretandi rationem valitura. Ex his certe velut ex vngue facile qui veteris iuris eruendi guſtu aliquo capiuntur, ingenij vires, & mentis celeritatem breuibus, verum arduis, in curriculis diſpicere, & putare poſſint. Iurium vero, legum & Doctorum copioſiores allegationes, & recitationes ſiquis requirat, conſulto omiſſas ſciat. Vt quas nec limatiores diſputationes hæ, nec epiſtolaris Character, nec Viri doctiſſimi (cum quo ſermo) reuerentia vllo modo pa-

ciebantur. Vlterius quid de libello hoc aureo dicere libebat. Verum ipſe in manibus breuis, & perlectu commodus argumentum, aut commendationem non deſiderat. Editoris modeſtia (ſcio) laudes recuſat: præcipuus ſcriptor, & pars magna D. ANTONIVS FABER, Præſes illuſtriſſimus, & omnium laudum genere cumulatiſſimus maiori pagina à me, & à bonis doctiſque omnibus aſſidue in ſcriptis, in ſcholis, & in omni tribunali celebrandus venit, & toto cantabitur orbe. Valete, Salmanticæ quinto Kalend. Iulias, Anno 1615.

INDEX

INDEX EXERCITATIONVM, ET RESPONSORVM, quæ in hoc libro continentur.

EPISTOLA I.

SEntentia Antonij Fabri de origine iuris accreſcendi in dubium vocata, ex Neratij reſponſo in l. qui patris 59. D. de adquirend. heredit. Exercitat. 1. pag. 2.

Non minus Paulum in l. triplici 142. D. de verborum ſignificat. quam Vlpianum in l. item quod Sabinus 17. §. vnde idem tractat. de prælationis iure agere, contra Antonij Fabri interpretationẽ ex ipſius doctrina probatum. Aliterque Conſultos in concordiam adducere tẽtatum. Exercitatio 2. pag. 6.

EPISTOLA II.

De explicatione l. qui patri 59. D. de adquirenda hered. & iure accreſcendi, ex indiuiduitate, vel hereditatis, vel iudicij inducendo. Reſponſum 1. pag. 12.

Interpretatio, & conciliatio, l. triplici 42. D. de verborum ſignificat. & l. item quod Sabinus §. vnde idem, D. de hered. inſtituen. noua ſubtilis, & auctore digna. Reſponſum 2. pag. 15.

EPISTOLA III.

Adhuc de ſententia Neratij in d. l. Qui patri quæſitum, & exemplo legatorum duas diſpoſitiones ſeparari poſſe comprobatum etſi ex vnico iudicio deſcendant. Exercitatione 3. pag. 22.

De pactis contractibus ſtricti iuris adiectis, vbi nec contractui, nec iudicio ineſſe, & conſequenter, nec actionem formare, contra Doctores, & Antonium Fabrum diſputatur. Exercitatio 4. pag. 25.

Filiusfamilias iuſſu patris mutuam pecuniam accipiente locum non eſſe Senatuſconſulto Macedoniano, pro Anto-

nio Fabro contra Donellum. Exercitat 5. pag. 32.

EPISTOLA IIII.

De teſtamento vnico, ex vnica inſtitutione æſtimando & diſſimilitudine inter duo legata, & duas inſtitutiones Reſponſum 3. pag. 38.

Quæſtio de pactis in continenti adiectis late, & ſubtiliter diſputata ad plurimarum, & difficillimarum legum explicationem. Reſponſum 4. pag. 40.

Diſputatio contra Donellum, in 5. Exercitatione contenta probatur. Reſponſum 5 pag. 60.

EPISTOLA V.

Pupillarem ſubſtitutionem a paterna inſtitutione diuerſam ei nunquam coaleſcere, & quibus caſibus hereditates patris & filij ſeparari poſſint, ita vt vna agnita, altera repudietur. Exercitatio 6. pag. 64.

Aduerſus Antonij Fabri ſententiam de pactis contractibus ſtricti iuris adiectis obiectiones aliquæ, & de cohærentia contractus, & pacti. Exercitat. 7. pag. 73.

De libertate antiquo iure ex ſola inſtitutione non inducenda pro Antonio Fabro contra Oſualdum. Exercitatio 8. pag. 78.

De Vlpiani & Iuliani diſſenſu in l. qui mihi 13. D. de donationibus, & in l. per ſeruum, 37. D. de adquirendo rerũ dominio, & interpretationes Doctorum, & Cuiacij, & Donelli confutatæ. Exercitatio 9. pag. 83.

Vlpianum libro ſeptimò diſputationum contra Iulianum diſputaſſe, etiam ex l. ſi ego 18. D. de rebus creditis, & l. cum in corpus 36 D de adquirendo rerum dominio colligitur, & fruſtra interpretes in illis conciliandis laboraſſe, confutatis eorum ſententijs demonſtratur. Exercit. 10. pag. 90.

ILLVS

ILLVSTRISSIMO,

ET DOCTISSIMO VIRO D. Antonio Fabro, in ſummo Sabaudiæ Senatu primario Præſidi digniſſimo Iuriſprudentiæ Principi.

Melchior de Valentia
S. P. D.

AGNOSCO equidem, vir doctiſſime, quidquid in iuris ſcientia profecerim, tuis ſcriptis deberi: quod cùm ita ſit, beneficiorum lex poſtulabat, vt iam antea debitorem me tibi literarum obligatione profiterer; & feciſſem

Impellit autem gratia
pro beneuolis factis remuneratrix
ſubſequens, Pyndar. Pyth. Ode. 2.

ni tui nominis reuerentia intra modeſtiæ limites retinuiſſet. Verebar enim ne te publica negotia, cum ma-

gna

gna Sabaudiæ vtilitate ſatagentem, vel ab his vacantem, communi tamen totius Europæ commodo, Iuriſprudentiam in priſtinum nitorem reſtituentem interpellari, audacia ac pene temeritas videretur: & *tutiſſimum munus ſilentij* reputabam. Sed cum vt ait Pindar.

Pindar. Olymp. Ode 6.

Virtutes vero laborum expertes
neque apud viros, nec in nauibus cauis
precioſæ.

Audaciæ periculum cum gloria ſubire potius volui, quàm ſilentij inertem ſecuritatem amplecti. Præſertim cum tua in ſtudioſos humanitas benignitasque hoc me periculo liberent, & ne diutius dubitem te per literas alloqui efficiant: quas tibi gratas fore confido, ſi ingenioli mei, ac maximi erga te tuaque ſcripta ſtudij, indicium aliquod faciant. Accidit autem, vt dum his diebus tuas decadas cum cura verſarem, quædam offenderim quæ me tua ſemper veſtigia libenti animo ſectantem retardarunt. Quibus offendiculis amouendis tuam opem implorare decreui.

EXECIT. I.

Sententia Antonij Fabri de origine iuris accreſcendi in dubium vocata ex Neratij Reſponſo in l. qui patri 59. D. de adquirenda hered.

1 IN Decadis 49. cap. [illegible], ideò hereditatem non poſſe pro parte adiri, pro parte verò repudiari, & conſequenter [illegible] heredem, qui partem ſuam adijt, deficientes portiones etiam inuitum ſuſcepturum; quia hereditas, quæ in defuncti locum ſuccedit, & eius perſonam repræſentat, indiuidua eſt, & heres, qui in hac parte [illegible] eodem modo ſe habet, ac hereditas, non poteſt eam ſcindere, & pro parte defunctum repræſentare. Quod cùm verum exiſtimem, & ex ipſiſmet iuris [illegible]

[illegible]

reportatum; tamen ex eo difficile mihi ſit Neratij reſpon-
ſum in leg. qui patri 59. de adquirend. heredit. dum eum
qui patri heres extitit, impuberis cui ſubſtitutus eſt, he-
reditatem prætermittere non poſſe cenſet Conſultus: Sed
etiam ſi ante pupilli mortem decedat, eius hereditatem,
ex poteſtate iuris accreſcendi, ad heredes ſuos tranſmiſ-
ſurum. Etſi enim inter diſſentientium Iuriſconſultorum 3
opiniones, Sabinianorum ſententia obtinuerit affirman-
tium, patris & filij teſtamentum vnum eſſe, l. paterfamilias
28. de priu. cred. §. igitur Inſt. de pupillar. nunquam ta-
men dubitatum eſt duas eſſe hereditates, d. §. igitur
Inſtit. de pupillari, l. 2. §. illud de hereditate vel act. vend.
ibi: *Quia alia hereditas eſt. Nam licet vnum teſtamentum ſit,
alia tamen atque alia hereditas eſt*; ideòque hereditate ven-
dita teſtatoris ab eo qui etiam impuberi ſubſtitutus eſt,
pupillarem hereditatem vendidiſſe non videri docet Vl-
pianus, & conſtat bonorum poſſeſſionem ſeparatim here-
dibus patris à filij heredibus concedi, leg. ſi ita ſcriptum
8. §. vltim. de bonorum poſſeſ. ſec. tab. Nec diuerſi here-
des diuerſas hoc loco hereditates faciunt. Hereditas enim
non ex heredum, ſed ex teſtatoris perſona æſtimatur, l.
hereditas 34. de adquirend. rer. domin. l. non minus 31.
§. fin de hered. inſt. cum vulgat. Si igitur patris & filij di- 4
uerſæ ſunt & ſeparatæ hereditates, & tamen vnam alteri
accreſcere Neratius tradit his verbis: *Coniungi eam pater-
næ hereditati, & accreſcendi iure adquiri cuicunque patris here-
di*, dicendum videtur non ex hereditatis indiuiduitate, nec
perſonæ defuncti repræſentatione, ius accreſcendi origi-
nem duxiſſe, ſi quidem etiam in duabus hereditatibus, &
in quibus duorum hominum perſonæ repræſentantur, lo-
cum habet.

Nec reſponderi poteſt, ſubſtitutum eo ipſo quòd he- 5
reditatem patris admiſit, quam potuit repudiare, pupil-
larem quoque admiſiſſe videri, ex ratione l. ſi duo 38. de
adquirenda hereditate, nec amplius repudiare eam poſ-
ſe. Hac enim cauſa illud ius induci non potuit, cùm
potiùs neceſſe ſit, vt prius ita ius fuerit, hereditatem filij
eandem

eandem cum paterna haberi, nec ab ea poſſe ſeparari, quàm vt heres, qui paternam adijt, pupillaris ideò aditioni obligetur: *Quia qui ſcit, aut ſcire potuit, altero abſtinente ſe oneribus ſeſe implicitum, ea conditione adire videtur.* Nec ſciuit enim, nec ſcire potuit patris & filij hereditates vnam eſſe, quas neceſſarium eſt non minus eſſe diuerſas, quàm diuerſæ ſunt perſonæ, quæ per eas repræſentantur. Eſſet namque vna & indiuidua, ſi vnius hominis perſonam ſuſtineret, l. Pomponius 8. D. de rei vindicatione. Quod tamen diuerſum eſt in ea ſpecie, in qua filius heres inſtitutus, patri heres extitit, & ſubſtitutus vult filij hereditatem amplecti, patris verò repudiare, l. ſed ſi plures 10. §. filio, D. de vulg. In noſtro enim caſu cum ſubſtitutus hereditatem paternam adijt, pupillaris non ſolum iuncta illi non eſt, ſed nec hereditas tunc dici poteſt, l. 1. D. de hered. vel act. vend. viuente ſcilicet pupillo, licet iam pater mortuus ſit. At in d. leg. ſed ſi plures iuncta cœperit eſſe hereditas, & vnum patrimonium corpuſque facta fuit ideòque repudiari pro parte non poteſt, l. 1. & 2. cum alijs, D. de adquir. heredit. Quod eueniret, ſi ſubſtituto, qui filij ſucceſſionem amplectitur, paternā repudiare liberum eſſet. Indiuiduum enim ex vtraque hereditate, per confuſionem, ſubſtitutus factum inuenit, quod nec ſcindi, nec in partes diuidi poſſibile eſt.

6 Adeò, vt etſi cum filius ſe abſtinet, pudori eius parcatur, vt potius patris, quam filij bona veneant, ſubſtituto tamen non idem conceſſum ſit, l. pater familias 13. de pupill. cred. l. Iulianus 42. aliàs, l. ſi pupillus, de adquirend. heredit. Itaquè ſi ex ſecundis tabulis, quas filij exiſtentia confirmauit, hereditatem adeat impuberis, paternam quoque agnouiſſe videtur quam ei iunctam inuenit. Prætor enim ſicut heredem facere non poteſt, §. quos autem Inſt. de bonorum poſſeſſ. ita nec vt is qui ſemel fuit, deſinat eſſe heres, l. ait prætor, §. ſed quod Papinian. D. de minoribus. Quod nec lege fieri poteſt, l. ei qui ſoluendo 88. D. de heredibus inſtit. l. ex facto 43. §. vlt. D. de vulgar. & pupil.

pupil. At vero in l. qui patri. nulla patris hereditati iun-
cta hereditas, nulla paternæ hereditatis portio in pen-
denti fuit, cuius accretioni inuitus heres obligetur. Niſi 8
forſan cum Donello in l. quidam elogio, C. de iur. delibet.
& Duareno in titulo de adquirend. hereditate, cap. de
effectu repudiationis, pupillum ex patre inſtitutum pater-
næ ſe hereditati immiſcuiſſe exiſtimemus. Atque ita cùm
ipſius hereditas paternæ hereditatis parti hæſerit, &
cum ea confuſa fuerit, mortuo pupillo portio illa alteri
paternæ hereditatis portioni, ex qua ſubſtitutus heres
fuit, accreſcit, & ſimul cum ea hereditas pupilli, quæ con-
iuncta illi fuit, accreſcendi iure, cuicunque patris heredi
adquiritur. Quam interpretationem ſuadere videtur Ne-
ratius in illis verbis: *Coniungi eam paternæ hereditati, & ac-
creſcendi iure adquiri cuicunque patris heredi.* Sed hac rurſus
obſtat, quod ius accreſcendi in portione adquiſita locum
non habet, l. vnica, §. his ita definitis, C. de caduc. tol- 9
lend. haberet autem, ſi pars filio per immiſtionem iam
adquiſita, ſubſtituto, eidemque coheredi accreſceret. Cui
obiectioni Interpretes illi diuerſe reſpondent: placuiſ-
ſetque mihi ſententia Donelli, ni tu illuſtriſſime domine
de filio exheredato reſponſum Neratij accipiendum eſſe
cenſuiſſes, in Decad. 31. errore 6. à cuius opinione dum
recedere non audeo, quid primæ obiectioni reſponden-
dum ſit, dubito, & circa eundem ſcopulum hæreo; cum
videam filio exheredato adeò diuerſas, & ſeparatas eſſe
hereditates, cum nulla paternorum bonorum pars ad pu-
pillum peruenerit, vt ſi in illis ius accreſcendi conceda-
mus, nulla ſit ratio, qua non ſimiliter in quibuslibet alijs
diuerſis extraneorum teſtatorum ſucceſſionibus ſit con-
cedendum. Nam interpretatio illa, quam Decad. 31. error. 10
6. num. 9. tradis, nempè non ſic accipienda verba Con-
ſulti, vt hereditas pupilli accreſcat paternæ, ſed vt inſti-
tutio facta in ſecundis tabulis accreſcat inſtitutioni factæ
in teſtamento paterno, rem commode explicat. Sed an
verba legis eam admittant, dubito; illa enim, *coniungi eam
paternæ hereditati*, præſeferunt de hereditatibus, non de
in-

inſtitutionibus, Neratium tractare, præſertim cùm vox, *eam*, referri non poſsit, niſi ad verbum, *hereditatem*, ſupra ſcriptum, non ad inſtitutionem, de qua in tota lege nec verbum quidem. Multo autem minus verba illa, *& accreſcendi iure adquiri*, de inſtitutionibus accipi poſſunt, nam inſolens eſt, vt inſtitutio adquiri dicatur: & ſi ita Conſultos aliquando pronuntiaſſe concederemus, *iure accreſcendi adquiri*, nullo modo dicturos arbitrer; ſed inſtitutionis. Quod tu, doctiſsime vir, ſatis perſenſiſti, dum in eiuſdem Decadis errore 7. num. 4. in fine, ſic ſcribis, accreſcente videlicet pupillari hereditate paternæ.

EXERCIT. II.

Non minus Paulum in l. triplici 142. de verborum ſignificatione, quam Vlpianum in l. item quod Sabinus 17. §. vnde idem tractat, de prælationis iure agere contra Antonij Fabri interpretationem ex ipſius doctrina probatum. Aliterque Conſultos in concordiam adducere tentatum.

1 IN Decadis 49. erro. 2. num. 11. pugnantia Iuriſconſultorum reſponſa in l. triplici 142. D. de verb. ſignificatione, & in l. item quod Sabinus 17. §. vnde idem tractat. D. de heredibus inſtit. ſic concilias, verum eſſe ſine parte inſtitutos coniunctos eſſe, vt in d. l. triplici Paulus ſcribit, nec contrarium docuiſſe Vlpianum in §. vnde idem tractat: non enim ſimpliciter dixit non eſſe coniun-
2 ctos, ſed *quoad ius accreſcendi*, id eſt prælationis. Quæ concordia ne mihi ſatis firma videatur, illud facit. Conſtat enim Conſultos quoties de iure accreſcendi inter heredes tractant, de iure prælationis intelligendos, & illuc omnem diſputationem reſpicere, vt priori coniunctione vocati,

cati, cæteris præferantur: quod equidē, & iuris ratio euincit, & tu multis locis affirmas, præcipuè de erroribus pragmaticorum Decad. 49. erro. 2. num. 7. & error. 3. num. 2. Cum igitur Paulus in dict. l. triplici, non minus, quam Vlpian. in d. §. vnde idem tractat, de iure accreſcendi inter heredes tractet, de iure prælationis accipi debet; ſuperflua enim eſſet toto illo textu tam accurata de coniunctionibus diſputatio, ſi de iure accreſcendi acciperetur, quod inter heredes etiam diſiunctos locum habet. Quod ſi ita eſt, vt fateri neceſſario oportet, aduerſarium adhuc Paulo relinquimus Vlpianum, qui ſine parte inſtitutos coniunctos eſſe negat in d. §. vnde idem, quos Paulus non ſolum quoad ius accreſcendi, coniunctim vocatos affirmat, ſed etiam re & verbis, id eſt potiori coniunctione, ita vt ex parte inſtitutis præferendos eſſe eos neceſſario, ex illius ſententia colligatur. 3

4 Adhuc igitur horum locorum explicationem deſidero, quam à te, illuſtriſſime domine flagito. Interim tamen ſic ego reſponſum Pauli accipiebam. Agit in d. l. triplici, Conſultus de coniunctionibus verbali, reali, & mixta, huiuſque vt potioris, & quæ verbalem quoque in ſe cōtineat: exempla proponit in illis qui & ex parte, & vna eademque oratione inſtituti ſunt: cùm autem eandem orationem illarum coniunctionum, *&*, *que*, *cum*, faciat adiectio, dubitat Paulus in verſ. videamus, num illis omiſſis, & ita oratione concepta: *Lucius Titius, Publius Mæuius ex parte dimidia heredes ſunto*, coniunctos eos accipi oporteat? Et cum in hac quæſtione illud præcipuè ageretur, an verborū coniunctionibus illis ſublatis, verbalis coniunctio remaneret, & vna non diuerſa cenſeretur oratio, verbalis quoque coniunctionis ſubijcit exemplum in illis qui ſine parte vocati fuerant, hoc modo, *Publius Mæuius, Lucius Titius heredes ſunto, Sempronius ex parte dimidia heres eſto*. Igitur verba illa Conſulti, *vt Titius & Mæuius veniant in partē dimidiam, & re, & verbis coniuncti videantur*; quæ totius quæſtionis ſolutionem continent; non ad ſecundum exemplum,

plum, ſed ad primum, vbi ex parte inſtituti fuerant, referenda ſunt. Quod colligi videtur, cum ex eo, quia etſi tam in primo, quam in ſecundo exemplo Titij & Mœuij nomina poſuit, in primo tamen Titium prius ſcripſit, & in ſecundo Mœuium conuerſo ordine: vnde cum in reſponſo Titium & Mœuium eo ordine ſcripſerit, quo in primo exemplo poſuerat, ad illud neceſſario referri debet. Tùm quia cum duarum coniunctionum propoſuerit exempla, quarum vna potior eſt, de ea prius reſpondiſſe intelligemus, præſertim cùm tale ſit reſponſum, quoad alteri quoque dubitationi ſatiſfaciat. Nam cum in verbali, realique coniunctione articulis illis omiſſis, nihilominus verbalem coniunctionem remanere reſponderit Paulus, in verbali ſola idem intelligendum, quis dubitet?

5 Nec ſuperioribus obſtat verſiculus, nec dubium eſt, vbi diuerſas mixtæ coniunctionis formulas referens Conſultus, in heredibus ſine parte inſtitutis vnius formulæ propoſuit exemplum. Nam cum diuerſitas exemplorum non in partium omiſſione, ſed in illarum coniunctionum, *&*, *que*, *cum*, varietate conſiſteret, in ſingulis earum aſſignat exemplum, in vno autem partes omittit, quia de illis non dubitabatur, prolixamque partium repetitionem vitare ſtudebat.

6 Benigne excipe leuiora hæc, Illuſtriſſime, & Doctiſſime vir, & animum ad maiora facies, datoque veniam te, etiam de alijs, inius vocare volenti, non quia temere audeam litigare.

Nec volo propter contentionem me meliori cum viro pugnare.

ſed quia ſcripta tua, quæ vnice diligo, & ab omnibus legi verſarique cupio ab omnibus quoque intelligi vehementer exopto. Iuriſprudentiam enim amo, & Fabrum, propter Iuriſprudentiam, Fabrianam dico, præſtantiſſimum illud munus à te ſtudioſis omnibus datum. Cui inuento addere, non noſtrum, tuum eſt, Doctiſſime Faber, & vt illud omnibus laudibus celebramus, ita hoc totis votis expetimus, nec ab alio vnquam, niſi à te

ex-

expectamus. Faxit Deus , & te per multos annos communi ſtudiorum bono ſeruet incolumen.

Sed antequam epiſtolam claudam , hæc de me accipe. Pater mihi eſt Petrus de Valentia, ſi veſtras forte per aures eius nomen ijt, à Rege noſtro Philippo III. generalis Hiſtoriographi titulo decoratus , & propter bonarum artium , & linguarum veterum peritiam ab extrema Bætica accitus. Iuriſprudentiæ ſtudijs à decimo ſexto ætatis anno in Salmanticenſi ſchola operam dedi , & aliquod nomenque decuſque geſſi. Denique is ſum , qui tuorum in numero haberi maximè cupio, & tua fretus humanitate confidenter peto. Vale,

Matriti 12. Auguſti, anno 1613.

NOBILISSIMO, ET ORNATISSIMO ADOLESCENTI IURIſPRUDENTIÆ ſTUDIOſO MELCHIORI DE VALENTIA.

NOBILISSIMO, ET
ORNATISSIMO ADOLES-
centi Iuriſprudentiæ ſtudioſo Mel-
chiori de Valentia.

Anton. Faber S. P. D.

CVm tuas, Nobiliſſime mi Domine, accepi literas ad 4. Id. Sextil. datas, non tantum humanitatis, & officij, ſed etiam eruditionis promiſcuæ, & ſingularis eloquentiæ plenas, equidem ſummo, vt debui, gaudio perfuſus ſum. quod me, quē nec de nomine in Hiſpania cognitum ſuſpicabar, non modo amari abs te vidi, ſicut ea quæ oculis cernuntur, verum etiam, quod eximij amoris argumentum præcipuum eſt, vltro per literas ad amandum te prouocari. Quid enim tale ſperare, aut quid honorificentius ambire potuiſſet, is qui nullorum ſibi meritorum conſcius, nullaque de te vnquam benemerendi ſpe recreatus, planè indignum ſe ſentiat, quē tanto propenſionis impetu amare debeas, ne dicam, quod tu per nimiam amoris exuberantiam adijcis, obſeruare. Sed tamen dicam liberè, & ingenuè, vt decet, id quod res eſt, cùm in tuis litteris omnia fuerunt mihi periucunda, tum illud iucundiſſimum fuiſſe

ac

ac ſuauiſſimum, quod noſtram Iuriſprudentiam, qua nihil oculis meis amabilius poteſt occurrere, præcipuo quodã ſtudio, tibi in delicijs & amoribus eſſe cognoui. Adeò enim me tantæ ſcientiæ dignitas, & pulchritudo delectat, totumque poſſidet, vt mihi non ſit iam integrum, aut eum amare, qui non amet Iuriſprudẽtiam, aut quod iuſtius, nedum tolerabilius eſt, illum non amare, qui amet. Vbi autẽ illud etiam accedere video, quod ſcripta mea tanti facis, quaſi & ad priuatam ſtudiorum tuorum vtilitatem plurimum contulerint, & ad Iuriſprudentiam ipſam, quæ per tot ſæcula miſere in ſordibus iacuit, erigendam tandem, & illuſtrandam conferre aliquid poſſint; tũc verò neſcio quis ſuauioris voluptatis ſenſus, inſolenſque tantæ gloriæ titillatio, ſic animum meum afficit, vrgetque, vt quanto hinc rubore verecundiam meam onerari ſentio, tanto ardentioribus ſtimulis meam iſthinc, languentẽ iam propemodum cum ætate diligẽtiam excitari facile patiar, & ad maiora audenda, vel potius ad ea, quæ temerario fortaſſe magis, quam prudenti conſilio iam aggredi ſum auſus, fæliciter peragenda compellari. Quamquam, ſi non prorſus mihi blandior, quid eſt obſecro, quod aut ego præſtare magnum poſſim, aut tu ſperare à me debeas, aut ipſa denique etiam Iuriſprudentia pro ſuo iure flagitare, in tanta tamque aſſidua publicarum occupationum, quibus vndique premor, moleſtia? Faciam tamen libentiſſime, quãtum in me erit, quod velle te video, vt quidquid otij ex tanti muneris mei functione ſubtrahere licebit, totum id à me dignitati Iuriſprudentiæ, ac omniũ iuris noſtri, meique, quãtulumcumque eſt nominis, ſtudioſorum commodis impendatur. Sed diutius fortaſſis hîc ego te moror, qui expectas potius vt ad eas dubitationes, quas de iure accreſcendi pereleganter, ac ſubtiliter concinnaſti, aliquid reſpondeam, quod & honeſto deſiderio tuo ſatisfacere, & opiniones meas nouas à præuiſis obiectionibus vindicare, ac tueri poſſit. Etſi non ego is ſum qui tantum mihi tribuã, vt te in verba mea iurare velim, aut tam præclare de me ſentire, quaſi Papinianum te putes legere

cum Fabrū legis; erit mihi glorioſius, ſi quando te in ſcriptis meis tantopere videbo profeciſſe, vt meas quoque non minus quàm veterum ſententias melioribus rationibus refellere didiceris, inque earum locum, quod te breui aſſecuturum præuideo, iubeoque, ſubtiliores alias, & veriores inducere, quas non minus facile tibi erit meas facere, quàm fuit mihi nihil tale cogitanti, ex meis facere tuas, ſi perſuaſum habebis, quod vt facias peto, tàm eſſe me tuum foreque in perpetuum, quàm tu meus vltro eſſe voluiſti. Iam ad rem.

RESPONS. I.

De explicat. l. qui patri 59. D. de adquiren. hereditate, & iur. accreſcendi ex indiuiduitate, vel hereditatis, vel iudicij inducendo.

1 VEriſſima ſemper mihi viſa eſt ratio illa, quæ ius accreſcendi inter heredes etiam diſiūnctos induxerit, quod ſicut hereditas, ita heredes perſonam defuncti repræſentent, quæ cum indiuidua ſit repræſentari pro parte non poteſt. Vulgaris enim illa quæ affertur ab interpretibus, quod alioqui futurum eſſet, vt decederet quis pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, probari nullo modo poſſit, cum nullo facto teſtamento, & inter legitimos heredes locum habere nequeat, inter quos tamen etiam inuitos perinde atque inter teſtamentarios
2 ius accreſcendi eſt. Neque aduerſus hanc ſententiam obijci quidquam poſſe arbitror, præter quam vnum illud quod tu ſubtiliſſime tibi obijcis ex Neratij reſponſo in l. qui patri 59. D. de adquiren. hereditate, in qua negari non poteſt, quin tractetur de iure accreſcendi, vt extrema legis verba demonſtrant, in quibus expreſſum eſt pupillarē hereditatem accreſcendi iure acquiri cuicumque patris heredi, hoc eſt, ſiue ſubſtitutus ille ſit, ſiue ſubſtituto heres extiterit, etiam qui viuo ipſo pupillo defunctus ſit, id-
3 que *accreſcendi iure*. Et tamen nemo dixerit duas non eſſe here-

hereditates patris & pupilli, quamuis non defuerint, qui dicerent, & quorum ſententia tandem obtinuit, patris & filij vnum dumtaxat eſſet teſtamentum, aut vnius ſaltem loco habendum. Sicuti nec quiſquam dixit patrisfamilias, & filij impuberis poſt patrem defuncti vnam dumtaxat perſonam eſſe, licet quamdiu filius in patris poteſtate eſt, vnius quodammodo perſonæ iure cenſeatur, propter ius & vinculum patriæ poteſtatis, l. ne cum filiofamilias 16. D. de furt. l. Imperator 50. D. ad Senatuſconſultum Trebellian. non ergo, inquis, ex hereditatis indiuiduitate, aut ex perſonæ indiuiduæ repræſentatione naſcitur ius accreſcendi in hereditatibus. Maximè ſi verum eſt, quod nos volumus, & tu fateris, tractare Neratium de eo caſu, in quo pupillus fuerit à patre exheredatus. Quid enim commune tunc habet hereditas pupillaris cum paterna? Scrupulus certè non leuis eſt, nec facilis nodi huius explicatio. Putarem dici poſſe, ius accreſcendi, de quo Neratius loquitur, non illud eſſe, cuius rationem totam ex hereditatis indiuiduitate ſola deſumimus. Hereditatis enim illa indiuiduitas nec eſſe, nec intellectu ipſo concipi poteſt, niſi cum vna hereditas eſt. At in ſpecie, quam Neratius tractat, duæ omnimodo ſunt hereditates, & quidem eiuſmodi quæ nunquam iunctæ fuerint; in quo bene tu ac verè obſeruas differentiam, quæ eſt inter caſum Neratij, & illum, de quo in l. ſed ſi plures 10. §. filio, D. de vulg. & pupil. ſubſt. & in l. paterfamilias 28. D. de reb. auctor. iudic. poſſid. Alia igitur ratio quærenda eſt, quæ ad Neratij reſponſum accommodari poſſit: ſed non alia reſponſio, quæ noſtram rationem de iure accreſcendi in cuiuſque hereditate inducto ab huiuſmodi obiectione tueatur. 4

Ratio autem, ſi quid mei iudicij eſt, tota ex eo pendet, quod licet patris & filij duæ ſemper, & omni caſu ſint hereditates, quouſque per aditionem iunctæ eſſe cœperint, & hereditates eſſe deſierint, ſiue vterque teſtatus deceſſerit, ſiue vterque inteſtatus; cum tamen pa- 5

ter non tantum ſibi, ſed etiam filio impuberi teſtatus fuit, vnum dumtaxat iudicium eſt, nimirum ſolius patris, quando quidem filius in ea ætate iudicio carere intelligitur.
6 Ex quo fieri Papinianus voluit, vt de inofficioſo filij impuberis teſtamento dicere mater non poſſit: quia licet ſit teſtamentum filij, tamen iudicium eſt patris, leg. Papin. 8. §. ſed nec impuberis, D. de inofficioſo teſtamento. Nec alia ratio quærenda eſt, quæ illud quoque tandem euicerit, vt patris & filij, quamuis duæ ſint hereditates, & perſonæ vnum tamen teſtamentum eſſe cenſeatur, adeò verum eſt ex arbitrio, & iudicio ſolo teſtantis æſtimari teſtamentum oportere.
7 Hoc vero ita conſtituto ſuccedit iuris regula, quæ ſupremi iudicij diuiſionem fieri nunquam patitur, leg. 4. & 5. § 1. D. de legat. 2. leg. eum qui 18. in fine, D. de his quæ vt indig. Quis ergo iam miretur, quod vult Neratius, eum qui patri heres extitit, ſi idem filio impuberi exheredato ſubſtitutus ſit, non ſolum hereditatem pupilli poſtea obuenientem prætermittere non poſſe, ſed etſi viuo pupillo deceſſerit, tranſmiſſurum hereditatem ad quemcunque heredem, etiam inuitum, tanquam quæ accreſendi quodam iure paternæ coniungatur, propter iudicij paterni, ex quo vtraque hereditas defertur, vnitatem.

8 Idque eſt quod inſinuare volui, cum ſcripſi inſtitutionem pupillarem accreſcere inſtitutioni paternæ. Non quaſi velim Neratium dixiſſe, *hereditatem* pro *inſtitutione*, ſed vt commodius explicarem quo iure in hac ſpecie pupillaris hereditas accreſcat paternæ. Nempe quia facto teſtamento pendet hereditas ex inſtitutione quæ licet non minus ſit duplex quam duplex eſt hereditas, cum pater ſibi & filio teſtatus eſt, etiam eodem inſtituto herede, coaleſcit tamen in vnum idemque iudicium patris, quod ſicut vnum ita & indiuiduum eſt. Sic vides ius accreſcendi naſci ſemper ex indiuiduitate aliqua, ſed non eadem ſemper; at ex indiuiduitate hereditatis, ſi de vnica hereditate agamus, ex indiuiduitate vero iudicij, ſi de pluribus hereditatibus, vt in caſu Neratij.

RES-

RESPONS. II.

Interpretatio & conciliatio, l. triplici 142. D. de verbor. ſig. & l. item quod Sabinus, §. vnde idem D. de hered. inſtit. noua ſubtilis & auctore digna.

POſterior dubitatio mihi plus difficultatis habere 1
viſa eſt, necdum à me ſatisbenè fortaſis, certe nondum ſatis dilucidè in libris meis explicata eſt, vt concilietur Paulus in l. triplici 142. D. de verborum ſignificatione, cum Vlpiano in l. item, quod Sabinus 17. §. vnde idem tractat, D. de heredib. inſtit. Quid ait Vlpianus? *Quantum ad ius accreſcendi*, hoc eſt, vt tu mecum explicas ad ius prælationis attinet, non eſſe coniunctos heredes, qui ſine parte inſtituuntur. Quid Paulus contra? Imo coniunctos eſſe, adeoque re, & verbis eos qui ſic inſtituti ſunt, *Titius Mæuiuſque heredes ſunto.* Itemque ſi detracto articulo, *que*, ſic teſtator ſcripſerit: *Publius Mæuius, Lucius Titius heredes ſunto.* Quod ſanè, vt tu optime ſentis, ita omnino accipiendum eſt, vt quod ad ius quoque prælationis attinet, coniuncti eſſe intelligantur. Nec enim de iure accreſcendi vnquam inter heredes diſputatur, niſi propter ius prælationis. Et tamen fatendum eſt, ſupradicta formula, ſiue copulam addas, ſiue detrahas, non eſſe Mœuium & Titium ex parte vlla inſtitutos. Nam hoc vnum eſt quod efficit, vt Paulus ab Vlpiano diſſentire videatur. Ego 2
ſic ſtatuo in tribus illis exemplis, quæ primo loco Paulus ponit adiectis articulis copulatiuis, *Titius & Mæuius ex parte dimidia heredes ſunto*, vel ita, *Titius Mæuiuſque heredes ſunto*, vel, *Titius cum Mæuio ex parte dimidia heredes ſunto*, ſupplendam eſſe neceſſario ſeparatam inſtitutionem tertij coheredis, vt fieri poſſit locus quæſtioni de iure prælationis. Cui enim præferretur Titius

in portione Mœuij, ſi alius coheres nullus eſſet? Ideòque nimirum in primo exemplo, itemque in tertio adiecta ſunt verba illa, *ex parte dimidia*, ne dubitare poſſimus, quin ponendum ſit in alia parte dimidia, tertium quempiam fuiſſe inſtitutum; etſi verò in ſecundo exemplo, de quo ſolo diſputamus, eadem verba, *pro parte*, aut *ex par-*
3 *te dimidia* adiecta non ſunt. Id tamen non alia de cauſa factum videri poteſt, quam quod parum aut nihil interſit an addita ſint, nec ne, dummodo tertij coheredis inſtitutionem, quam neceſſario ſubintelligendam eſſe dicimus, vt termini habiles ſupponantur, ita conceptam eſſe fingamus, vt in ea mentio alterius partis dimidiæ fiat, in hunc modum, *Sempronius ex parte dimidia heres eſto*. Quam ſupplementem expreſſit apertè Paulus in alijs exẽplis quæ ſubijcit in ſecunda legis parte, nulla adiecta copula, in verſ. *videamus*, in illis verbis: *Veluti Lucius Titius, Publius Mœuius, ex parte dimidia heredes ſunto*, vel ita, *Publius Mœuius, Lucius Titius heredes ſunto: Sempronius ex parte dimidia heres eſto*. Nec enim exiſtimandum eſt, Paulum inter hæc exempla repetita diſſimilitudinem aliam conſtituere voluiſſe, quàm quæ ex alicuius copulæ, vel adiectione, vel detractione conſtitueretur. Porrò cũ tertij coheredis inſtitutio expreſſa eſt his verbis, *Sempronius ex parte dimidia heres eſto*, non habet res dubitationem quin priores duo Publius Mœuius, & Lucius Titius, quãuis ſine parte ſcripti, ſi verborum figuram nudam, & corticem inſpicias, ex parte tamen dimidia effectu ipſo ſcripti ſint, & idcirco in partem dimidiam veniant, ac proinde non tantum verbis, ſed etiam re coniuncti intelligantur. Quæ res facere debebit, vt ſi fortè Titij portio deficiat, ſoli Mœuio accreſcere eam oporteat tanquam ſoli coniuncto, *quantum ad ius prælationis attinet*, non etiam Sempronio, qui neque re, neque verbis coniunctus eſt, quippe non niſi ad aliam partem dimidiam vocatus.

4 Nam etſi poneremus Titium & Mœuium verbis diſiunctos fuiſſe, quæ diſiunctio caſum dubitabiliorem facere videri poſſet, re tamen coniunctos, & in eadem portione

tione inſtitutos. Puta hoc modo, *Lucius Titius ex parte dimidia heres eſto, Mæuius ex parte qua Lucium Titium heredem inſtituit, heres eſto, Sempronius ex parte dimidia heres eſto*; quamuis dubitari probabilius poſſit, an tres ſemiſſes facti ſint, an verò in eundem ſemiſſem cum Mœuio inſtitutus ſit; idem tamen dicendum eſſet, vt in eundem ſemiſſem duo coacti, & coniunctim re heredes ſcripti cenſeantur, propter ſubiectam Sempronij ex parte dimidia inſtitutionem. Sic enim Paulus ad finem legis ratiocinatur, tam apertè, vt non potuerit apertius. Quod ſi etiam inter ver- 5
bis diſiunctos adiectio tertij heredis ex dimidia parte inſtituti facit, vt inter priores duos ſit locus iuri accreſcendi, & prælationis, quanto magis idem faciet inter eos, qui & re & verbis coniuncti ſunt?

Quamquam enim in vltimo illo Pauli exemplo prio- 6
res duo heredes non ſine parte, ſed ex parte inſtituti proponebantur, id eſt ſinguli ex parte dimidia, manebat tamen illa dubitatio, quod ex alia dimidia videbatur inſtitutus Mœuius, quàm ex qua Titius, vt verba illa, *ex qua parte Lucium Titium heredem inſtituit*, parem quotam, id eſt ſimilem dimidiam, non eandem ſignificaret, ac ſi ſcriptum eſſet, *ex quota parte*. Atque ita haud dubiè reſpondiſſet Paulus, ſi non ex dimidia parte nominatim ſcriptus fuiſſet Sempronius: expreſſio iſta dimidiæ ſola eſt, quæ facit vt ad eandem vnamque dimidiam Titius, & Mœuius vocati, in eaque re coniuncti intelligantur, qui alioquin ſinguli in proprium, & ſeparatum trientem vocarentur, quaſi ex dimidijs tribus inſtituti. Idem igitur multo magis probandum eſt, cum priores duo etiam verbis coniuncti ſunt, quamuis ſine parte ſcripti. Tanquam qui propter inſtitutionem ſequentem Sempronij ad aliam dimidiam vocati, non modo ex certa parte, ſed etiam ex eadem, id eſt ex vna eademque dimidia ſcripti exiſtimentur. Hic vero caſus longè diuerſus eſt ab eo, quem Vlpianus tractat, in quo ponendum eſt, fuiſſe Sempronium ſine parte inſtitutum, hoc

hoc modo, *Titius & Mæuius heredes ſunto, Sempronius heres eſto*, in qua ſpecie Titius & Mœuius verbis quidem coniuncti ſunt, ſed non etiam re, quia ſine parte inſtituti ſunt, nec quod adiectus ſit coheres Sempronius facere poteſt, vt Titius & Mœuius ex parte aliqua, nedum ex dimidia, inſtitui videantur, cùm nec Sempronius ipſe ex parte vlla ſit inſtitutus. Atque ita bellè omnia conueniunt, nec à Paulo Vlpianus diſſentit. Nec dubito, quin tu hanc conciliationem probaturus ſis, quod ſi erit, gloriabor hanc me legem hodie intelligere, quam fateor nunquam ante hunc diem intellexiſſe, vt magnus ille veſter Goueanus ſolebat dicere de leg. re coniuncti 99. D. de leg. 3. Debebo hoc tibi, & beneficio tuo debebo, & alia pleraque, ſi me tuis litteris compellare perges, vt ad dubitationes, quæ inter ſtudendum paſſim occurrent, reſpondeam. Quod vt liberè amanterque facias, te etiam atque etiam oro. Facies rem non ſolum mihi gratiſſimam, ſed etiam mutuo amore noſtro digniſſimam, vt quando neque tibi neque mihi conceſſum eſt, coram hæc agere, honeſtum hoc deſiderium, quantum in nobis erit, literarum commercio, & auxilio expleamus. Habebis me non magiſtrum, vt prædicas, ſed condiſcipulum, mutuiſque auxilijs facile aſſequamur, vt in dies magis ac magis proficere nos ſentiamus: erit hoc non incommodum, quamdiu vir clariſſimus, mihique amiciſſimus, D. Baretius, cuius beneficio, tuæ ad me literæ peruenerunt, ſuam nobis in hanc rem operam impertiet: quod libentiſſimè facturum eum confido. Virum clariſſimum patrem tuum tanti Regis, tantum Hiſtoriographum, cuius periluſtri nomini famæque inuidebit poſteritas, amo iam, & obſeruo religioſiſſimè, & vt me amet, quod per te facturum ſpero, enixiſſimè cupio, &, ſi pateris, plurimam ei ſalutem dico. Quod reliquum eſt, per amicitiæ noſtræ ſacra te rogo; non iam vt me ames, quod vltro ac tam liberaliter facere te video, ſed vt tibi perſuadeas nihil

me

me vnquam facturum libentius, quàm vt & amori erga me tuo, & ſtudiorum tuorum votis conſtantiſſime reſpondeam. Benè vale, Melchior nobiliſſime, & minus politas litteras, quas nec tranſcribendi, nec penè relegendi otium fuit, æquis oculis lege, politiores fortaſſis alias accepturus, iterum vale. Dat. Chamberij 10. Kalend. Octob. 1613.

ILLVS-

ILLVSTRISSIMO

OPTIMO, ET DOCTISSIMO viro D. Antonio Fabro, Iuriſprudentiæ Principi, in ſummo Sabaudiæ Senatu Præſidi.

Melchior de Valentia S. P. D.

INcredibili gaudio, quod ex tuis litteris, illuſtriſſime domine, accepi, exprimendo multæ non ſuffecerint cartæ: nullum enim eſt verbum, quod non ſingularis humanitatis, & amoris erga me tui indicium contineat, Nam, vt illa omittam, quod ingeniolum laudas, fructus probas, vberiores expectas, quod ad ſtudiorum ſocietatem inuitas, hoc certè omnem æſtimationem ſuperat, quòd me non ſolum honorificentiſſimo diſcipuli nomine, ſed etiam incomparabili amici titulo ornaſti, Nec differs, protinus magiſtri, & amici rem ipſam præſtas. Nam qui ſcias iuuenum animos laudibus ad virtutem ſtimulari, tuis me ad maiora ſtudia capeſſenda exhor-

exhortatis. Faciam domine illuſtriſſime, totiſque viribus enitar, vt dignus Fabri diſcipulus, certus amicus poſſim agnoſci. Verum vt Patriæ rem in primis agam, non obtuſa adeò geſtamus pectora, vt te in Hiſpania, nec de nomine cognitum ſuſpicari debeas: nullus enim ferè apud nos eſt, ad quem iuris Romani notitia peruenerit, qui Fabri nomen ignoret, etſi ſcripta ſua cupide verſare, & vt oportebat, intelligere, paucis conceſſum. Forenſes pragmaticos, quorum hic magna copia, longè à tua lectione lumine ipſo arces: verum apud Salmanticenſes Iuris Doctores, qui de legum explicatione ſerio agunt, veramque & antiquam Iuriſprudentiam ſectari ſe profitentur, ſcripta tua in ore, & honore ſunt. Inter Academiæ illius matris profeſſores, ſi Deus votis annuat, cenſendum me, non poſt multum tempus ſpero. Quod ſi contigerit, Iuriſprudentia Fabriana iuuenum teneros animos imbuere, propoſitum mihi in primis eſt, tuæque artis, tuæ methodi ductu ius publicè interpretari. Faue igitur mihi Faber, & quo plurimos tibi diſcipulos parare poſſim, recondiriores Iuris diuitias impertire. Interim vero vtar indulgentia tua, & nodos, qui inter ſtudendum inciderint, tibi diſſoluendos proponam. Sed vt ad poſtremam ſuarum literarum partem primo reſpondeam; mirifice mihi placet interpretatio tua ad reſponſum Pauli in l. triplici 142. D. de verborum ſignificatione, nec aduerſus eam quidquam excogitari poſſe arbitror, tam enim aptè omnia conueniunt, vt nullum in tota lege verbum diſcrepet, aut repugnet; denique, vt Pindarus ait, ad eum modum à te concinnata eſt, *Qualia Sapientes compegerunt* FABRI.

Gratulor itaque tibi, gratulor Iuriſprudentiæ, mihique gaudeo, qui tam ingenioſæ, imò veræ interpretationi dubitando cauſam præbuerim.

EXER-

EXERCIT. III.

Adhuc de ſententia Neratij in d. l. qui patri, quæſitum, & exemplo legatorum duas diſpoſitiones ſeparari poſſe comprobatum, etſi ex vnico iudicio deſcendant.

1 QVominus autem altera interpretatione ad l. qui patri, D. de adquirenda hereditate placide fruar, ſcrupulus quidam obſtat. Ais verum eſſe in illius ſpecie duas eſſe hereditates diuerſas, & ſeparatas, ſed vnum teſtamentum, vnã voluntatem, quia inſtitutio pupillaris inſtitutioni paternæ accreſcit, & coaleſcit in vnum idemque iudicium; vnde ex iuris regula, quæ ſupremæ voluntatis diuiſionem fieri non patitur, l. 4. l. 5. D. de legat. 2. l. eum qui 18. D. de his quibus, vt indig. infers has inſtitutiones ſeparari non poſſe, ita vt altera agnoſcatur, altera repudietur: atque ita euenire, vt ſemper ex indiuiduitate ius accreſcendi naſci certum ſit, ſed non eadem ſemper; at ex indiuiduitate hereditatis ſi de vnica agamus, ex indiuiduitate vero iudicij, ſi de plu-
2 ribus, vt in caſu Neratij. Mihi illud obſtat, quod etſi verum ſit, patris & filij vnum eſſe teſtamentum, vnum iudicium, duæ tamen ſunt diſpoſitiones. Sicut enim circa diuerſa legata diuerſa eſſe iudicia conſtat, ita & circa duas hereditates duo ſint iudicia neceſſe eſt, etſi ex vno vnius teſtatoris principali iudicio deſcendant; toties enim vna, & indiuidua eſt diſpoſitio, quoties vnum, & indiuiduum legatum, l. legatarius 38. D. delegat. 1. l.
3 4. l. 6. l. ſi cui res 58. D. delegat. 2. Et quemadmodum ei, cui vnius teſtatoris iudicio diuerſa legata relicta ſunt, liberum eſt alterum quidem legatum amplecti, alterum vero repudiare, leg. 5. D. delegat. 2. vel hereditatem repudiare, legatum vero agnoſcere, ſi & heres inſtitutus fuit, & legatum accepit, l. qui filiabus 17. §. fin cum lege ſequenti, D. deleg. 1. l. quæſitum 91. §. duobus, eod.

tit.

tit.l.4. §.ſi quis ex vnica 11. D.de dol & metus exceptione, ita etiam in his hereditatibus dicendum videtur, vt qui heres à patre inſtitutus eſt, & filio ſubſtitutus, poſſit hereditatem patris adire, filij vero ſucceſſionem repudiare: neque enim ſupremi iudicij diuiſio fieri cenſebitur, cùm nulla occurrat cauſa, qua in duobus legatis diuerſum eſſe, & ſeparari poſſe, dici debeat; in duabus autem hereditatibus non item. At potius qui hereditatem omittit, non oppugnat iudicium, cum iuſtis rationibus nolit ſe oneribus hereditarijs implicari, l. filio 88. cum l.ſequenti, D deleg.1. l.quæſitum, D. de adquirenda hereditate, Cuiac. lib 18. quæſt. Papinian. in dict. leg. 88. vbi contrariæ ſententiæ argumentis reſpondet, Donel. ad tit. C. deleg.in l.cum reſponſo 12.n.1.& 2.

EXERCIT. IIII.

De pactis contractibus ſtricti iuris adiectis, vbi nec contractui, nec iudicio ineſſe, & conſequenter, nec actionem formare, contra Doctores, & Anton.Fab.diſputatur.

SED de prioribus quæſtionibus hæc ſufficiant. In Rational. ad Pandect. l. 7.§. quinimmo,ff. de pactis, doces pacta incontinenti appoſita ineſſe contractibus ſtricti iuris, ſed non formare actionem ex ipſo contractu, ſed nouam aliam præſcriptis verbis producere, l. cum res 9. C. de donat. in eoque à Bartoli, & aliorum opinione diſcedis, quod tu ineſſe tantum, illi ineſſe, & actionem formare ſcribunt. Me in tuam libenter, vt ſoleo, ſententiam euntem ſequentes Iuris rationes retardant, quæ à Bartolo in totum, vt aliàs ſoles, recedendum ſuadent. Ineſſe enim contractui formare eſt actionem, & eam ad id, quod pacto comprehenſum eſt, extendere; expreſſit ni fallor Vlpian. cum in l. 7. §. quinimmo, D. de pactis, ſcripſit: *Quinimmo interdum format actio-*

actionem, vt in bonæfidei iudicijs: ſolemus enim dicere, pacta conuenta ineſſe bonæfidei iudicijs. Actionem namque à pacto formari ea ratione comprobat Conſultus: *Quia ſolemus dicere, pacta ineſſe bonæfidei iudicijs*, id eſt, quia pacta inſunt iudicijs bonæfidei. Nonne igitur inepta eſſet ratio, ſi aliud eſſet pactum ineſſe aliud actionem formare, & hæc rectè diſiungi poſſent? Quomodo namque ſequeretur, ideò pactum actionem formare, quia ſolemus dicere ineſſe? N. ſi ineſſe, & formare idem ſint, vel adeò neceſſariam conſequentiam habeant, vt non poſſit pactum ineſſe, quin etiam formet actionem ex contractu? Quod ſi fatebimur, vel cum interpretibus, & ineſſe, & formare, vel contra eos, nec ineſſe, nec actionem formare dici debuit.

3 Et poſtremum hoc, rectius quidem meo iudicio, ineſſe enim contractui nihil aliud eſt quam ita ei pactum imprimi, vt contractus pacti formam accipiat, & illud ita inſitum habeat, vt vnum idemque corpus efficiantur. Hincque fit, vt per pactum contractus immutetur, & actio, *formari, informari, & transformari*, dicatur. Ita enim hæc Conſtantinus Harmenopolus, ſolet exprimere, AMEIBEI TVPOI METATVPOI, & Iuſtinianus in Nouel. 136. KANONIZEI id eſt, *regulat*, contractui regulam, & legem dat. Quod cum ita ſit, quomodo contractus ſtricti Iuris, tam ſtrictus, tam rigidus, à pacto formabitur? Aut quomodo tam duræ materiæ pactum immiſceri poterit, quamuis incontinenti fiat? Sicut enim, vt

4 rudi maſſæ aliquod ſignũ imprimatur, neceſſe eſt, vt eius materiæ ſit, quæ igne emolliri laxarique ſoleat, & vt formetur dum candeſcit: nam neque ex lapide aut ſilice quæ natura ſua ſtrictiora ſunt, quàm vt igne laxentur, aliquid, quantumuis candentibus formari poterit, nec ex auro aut argento poſtquam riguerint: ſimiliter igitur in contractibus, vt pactum ineſſe poſſit, & formam contractui dare, neceſſarium eſt vt incontinenti fiat, antequam contrahentes ad alia diuerterint, l. ſi ex duobus 12. D. de duobus reis, vtque contractus laxioris naturæ

turæ ſint, & bonæfidei, in quibus ex bono & æquo iudi-
cium fiat, non ſtricti Iuris, qui prætoriæ formulæ duritię,
nullum ſignum, nullam formam recipiant: ea namque na-
tura contractus hi prædicti, vt ſi ad aliud extendi per pa-
ctum velint, plerumque propriam naturam amittant, & in
aliud negotium tranſeant. Hancque, vt arbitror, differen-
tiam ſignificare voluit Vlpianus, dum quoties pacta ineſ-
ſe contractibus, vel actionem formare ſcribit, ſemper ad-
ijcit, *in bonæfidei iudicijs*, ait Conſultus in dict. l. Iuriſgen-
tium, 7. § quinimmo, D. de pactis: *Quinimmo interdum for-
mat ipſam actionem, vt in bonæfidei iudicijs: ſolemus enim dicere,
pacta conuenta ineſſe bonæfidei iudicijs.* Et in verſ. vt puta poſt
diuortium. *Quod & in omnibus bonæfidei iudicijs erit dicen-
dum*, & in §. ſequenti. *Adeò autem bonæfidei iudicijs exce-
ptiones poſtea facta, quæ ex eodem ſunt contractu inſunt, vt con-
ſtet in emptione, cæteriſque bonæfidei iudicijs.* Nullam equidem
ob aliam cauſam, quam vt doceat, in strictis id non ob-
tinere. Etſi non hoc, quid aliud ſibi voluit Vlpianus tam
prolixa repetitione iudiciorum bonæfidei? Quæ non ſo-
lum ſuperflua eſſet, ſi idem in ſtricti iuris obſeruaretur;
ſed etiam falſa, cum conſtet hæc iudicia adeo eſſe cõtra-
ria, & oppoſita; vt quoties aliquid in vno eorum concedi-
tur, in altero denegari videatur. Contractus enim bonæ- 6
fidei dolo facti ipſo iure nulli ſunt, l. & eleganter, §. 1. D.
de dolo, ſtricti iuris valent ipſo iure, ſed exceptione doli
actor repellitur, l. ſi quis cum aliter 36. D. de verborum
obligat. l. dolo, C. de inutil. ſtipul. Quod ſi dolus inciderit
in illis, actione ex ipſo contractu, l. Iulianus, § ſi venditor
de action. empt. in his de dolo agitur, vel excipitur, dict.
l. & eleganter, §. non ſolum. D. de dolo, item in illis vſuræ
veniunt ex mora, dict. l. Iulianus, §. ex vendito, l. moræ, §.
in bonæfidei, D. de vſuris. In his aliter reſpondetur, leg.
quia tantumdem, D. de negot. geſt. l. 3. C. de vſuris.

Certè, illuſtriſſime domine, controuerſia hæc lubri- 7
ca, & in qua non ſatis firmiter veſtigium figi poſſit. Con-
ſtat enim exceptiones pacti, doli, & reliquas, etiamſi non
opponantur, bonæfidei iudicijs ineſſe, l. huiuſmodi 84. §.

qui ſeruum 5. D. de leg. 1. l. ſed etſi ideo 21. D. ſolut. matrimon. l. 3. D. de reſcind. vendit. quia iudicia hæc laxiora ſunt, & verba illa, *ex fide bona*, vel, *vt æquius meliuſque* poteſtatem arbitrandi, & ex bono, & æquo æſtimandi iudici concedunt. Strictis autem iudicijs ideo non ineſſe, quia niſi initio iudicij opponantur, à iudice ſuppleri non poſſunt, qui formulæ verbis adſtrictus ab ea recedere nō valet. Neceſſe igitur eſt, vt cum Iudex à prætore datur, & iudicium conſtituitur, iniquitas actionis excipiatur, vt ſic ſub conditione iudicium detur. *Niſi pactum conuentum factum fuerit*, vel, *niſi dolus malus interuenerit*, alioqui omiſſio exceptionis cauſæ amiſſio eſt. etiam in arbitrarijs, leg. Papin. 14. D. de public in rem act. l. 9. C. de præſc. long. temp. l. 8. C. de except. ideòque exceptione conditionē appellat Paul. in l. exceptio. 22. D. de except. Quæ omnia in iudicijs bonæfidei ſub verbis illis ſupra relatis à prætore
8 comprehenſa cenſentur. Duatenus igitur cum in comment. ad tit. de pactis, in dict. l. 7. §. quinimmo, rectè hæc, & ex iuris & antiquitatis notitia retulerit, poſtea tamen illam ſentētiam amplectitur, vt pacta conuenta ſtricti iuris contractibus inſint, & actionem producāt; quaſi minus ſtricti ſint cōtractus quàm iudicia, aut latior fortaſſis formula, cum in Albo prætoris ſcripta eſt, dici poſſit, quam
9 cum ex ſcripto recitatur. Denique quaſi facilius ſit ineſſe ad actionem quàm ad exceptionē, quòd multo difficilius eſſe Vlpianus ſatis inſinuat in dict. §. quinimmo, & in dict. §. adeò, & Papinianus in l. pacta conuenta 72. de contrahend. empt. ſcribit Cuiacius ad lib. 3. Quæſtion. Pauli in l. lecta, D. de rebus creditis. vbi pacta, quæ contractibus ſtricti iuris ad actionem ineſſe negat, ad exceptionem ineſſe concedit; quod & ipſum difficile mihi ex ijs quæ ſupra retuli, & ex horum iudiciorum formulis & natura, viſum eſt. Senſitque id Cuiacius ipſe, nam cum ad dict. leg. lecta, pactum inſtrictis iudicijs reo prodeſſe dixiſſet, etiam tacenti, nec opponenti exceptionem pacti, poſtea ad lib. 28. Pauli ad edictum in l. 7. D. de eo quod certo loco, diuerſum ſcribit; ait enim, exceptiones pacti ineſſe bonæfidei

dei iudicijs, etiamſi non opponantur, & adijcit: *In ſtrictis*
iudicijs exceptiones omnimodo opponendæ ſunt, alioqui index
addictus ſtricto iudicio, earum rationem habiturus non eſt, etiam
ſi illud iudicium ſit arbitrarium, l. Papinianus 14. D. de public.
in rem actione. Et vt obiter etiam illud attingam, non me- 10
mini Conſultos vnquam dixiſſe, pactum ineſſe ex parte
rei, vt Cuiac. lib. 10. obſeruat. cap. 24. & lib. 3. quæſt. Paul.
in l. lecta, D. de reb. credit. Bronchorſt. Enantiophan. cét.
1. aſſert. 31. ſcribunt. Sed, *vires habere agente iure exceptio-*
nis venditore, dict. l. pacta conuenta 72. de contr. empt.
vel *locum habere pactum ex parte rei*, d. l. 7. §. poſt diuortium,
in fine, D. de pactis. Pacta enim quæ actionem non for-
mant, contractibus ineſſe dici non poſſe ſupra notaui, &
probare videtur Conſultus, in d. §. poſt diuortium, in illis
verbis: *Ea enim pacta inſunt, quæ legem contractui dant, id eſt,*
quæ in ingreſſu contractus facta ſunt: ergo quæ ex poſt facto
fiunt, & legem contractui non dant, ſed reo ad exceptio-
nem proſunt, ineſſe non dicuntur.

Ais in ſtrictis contractibus pactum non formare actio- 11
nem, ſed nouam aliam præſcriptis verbis producere. Si
non format, nec ineſt; quod ſi non ineſt, quomodo actio-
nem producet? Cum etiamſi ineſſe concederemus, actio-
nem tamen propriam habere non poſſet. Reiectis nam-
que interpretum opinionibus, pactum hoc, quod contra-
ctui adijcitur, nudum eſt. Neque enim vtiquam Conſulti
talia veſtimenta pactorum conſarcinarũt, qualia ſibi pra-
gmatici commenti ſunt. Nudum autem hoc pactum eſſe,
ex Vlpiano colligitur, qui cum in d. l. 7. §. ſed cum nulla,
D. de pactis, ſcripſiſſet, nudam pactionem exceptionem
parere, ſubijcit: *Quinimmo interdum format actionem*, nempè
eadem nuda pactio regulat contractum, & formam actio-
ni præſtat, atque ita immutat, vt actio ex ipſo cõtractu ad
pactum etiam extendatur, non vt aliam ex pacto naſci di-
ci poſſit; quod cum nudum ſit, inefficax eſt, nec ad actio-
nem aliquãdo prodeſt, niſi pars contractus fuerit effectũ,
ne ex pacto actio naſcatur, d. l. iuriſgentium 7. §. ſed cum
nulla, & ſequentibus. Præſcriptis enim verbis, non ex pa- 12

ctione nuda, ſed ex contractu incerto oriri ſolet;teſtatur
Vlpian. in d.l.iuriſgentium, §.2.vbi ait: *Eſſe enim contractũ
quod Ariſto* ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ *aicit, vnde hec naſcitur actio.*
Idque accidere,cum aliqua ſubeſt cauſa, id eſt factum,ne-
gotiumue aliquod præter cõuentionem, quod ſi non ſub-
ſit, nec obligationem eſſe , nec actionem naſci poſſe , &
ideo ex pacto nudo exceptionẽ ſolum oriri,quinimmo, &
interdum formari actionẽ. Si igitur,vt ex ijs apparet, pa-
ctum,etiam quod contractui bonæfidei ineſt,& actionem
format , nudum eſt, ſi per ſe æſtimetur , & actio præſcri-
ptis verbis, ex contractu incerto,nõ ex pacto naſcitur,quæ
13 an contractui inſit,nondum conſtat?Et præterea, nullum
inuenio caſum , quo pactum actionem præſcriptis verbis
producat. Siue enim contractus certus adhuc remanſit,
ſiue per pactum ita in aliam naturam mutatus eſt, vt non
amplius certus ſit , ſemper & vtroque caſu actio ex con-
tractu,non ex pacto competit. Primo namque ex contra-
ctu certo, certa actio eſt, & ad pactum extenditur,l.ſi ſte-
rilis 21. §.ſi tibi fundum,l.prædia 28. D.de actio.empt. l.
ſi in emptione 34. D. de contrah. empt. l.venditor 13.D.
commun. prædiorum. Nec actio præſcriptis verbis locum
habet, quæ incerti eſt, & in factum datur, & non ex con-
tractu certo , ſed ex præſcripto conuentionum , & proin-
de vti conuenerit,concedi ſolet,l.1.2.& 3.l.ſi dominus,&
toto titulo,de præſcrip. verb.l.1. §. ſi quis ſeruum, D. de-
14 poſiti. Secundo vero caſu,quando contractus nominatus,
& certus in conuentionem incertam, & quæ nomine ca-
reat,per pactum mutatus eſt, non ex pacto actio præſcri-
ptis verbis, ſed ex contractu ipſo competit. Quod cũ ple-
rumque in ſtricti iuris contractibus accidat,qui cum rigi-
dam naturam habeant, raro ſit, vt pactum recipiant,quin
in alium contractum mutentur,occaſionem præbuiſſe ar-
bitrarer exiſtimandi ex pactis,quæ contractibus illis adij-
ciuntur, actionem præſcriptis verbis competere, quam ex
contractu ipſo per pactum in incertum translato naſci
certius eſt, l.Titius 24. D. de præſcrip. verb.vbi ideo hæc
actio conceditur,quia pactum prioris contractus naturam
extin-

extinxit, & nouum alium incertumque formauit, vt in
legis fine ratiocinatur Africanus.

Mouet me etiam illud, quod quoties certus contra- 15
ctus eſt, actio certa ex ipſo contractu ad pactum extendi-
tur, d.l. ſi ſterilis 21. §. ſi tibi d.l. prædia 28. D. de actionib.
empt. d.l. venditor 13. D. commun. prædiorũ. Et vt actio-
nem præſcriptis verbis permittant, ſtudioſè Conſulti in-
quirunt, an contractus incertus ſit, l. ſi tibi rem 13. inprin-
cipio, & in §. Iulianus, l. rogaſti 19. l. ſi tibi 22. l. Titius 24.
D. de præſcrip. verb. Quibus iuribus frequens eſt illa lo-
cutio: *Quaſi alio negocio geſto*, vel *Quaſi de nouo negotio actio-
nem præſcriptis verbis dari*: eſſet autem ſuperflua ſuperior
inquiſitio, & ratio Conſultorum falſa, ſi quolibet pa-
cto in continenti adiecto, quamuis contractus certus
permanſiſſet, non ſolum actio certa ipſius contractus,
ſed incerta quoque præſcriptis verbis eſſet conceden-
da. Nam quid erat neceſſe contractum incertum proba-
re, ſi etiam ex certo daretur? Aut ſi incertum probare
neceſſe fuit, quo modo eam ex certo concedemus? Præ-
ſertim cum & Vlpianus, ni fallor, contra ſtet, ait enim
in l. rogaſti in fin. D. præſcript. verb. præſcriptis verbis
agi, niſi merces interuenerit; non ergo ſi interuenerit,
& ex locato agi poſſit, præſcriptis tamen verbis ex pacto
agendum erit.

Cum itaque ex pacto in continenti appoſito alia actio 16
concedi non poſſit, ſed propria contractus per pactum
formetur, & ad id quod pacto comprehenſum eſt, exten-
datur; in contractibus autem ſtricti iuris, vt tu Domine
illuſtriſſime fateris, actio nec formari nec extendi per
pactum ſoleat: dicendũ putarem, nullam in his contracti-
bus ex pacto obligationem, aut actionem oriri, nec illis
pacta ineſſe videri poſſe. Quod ex eo etiam colligebam,
nam in contractibus bonæfidei ex pacto in continenti ad-
iecto vſuræ debentur, & peti poſſunt actione ex eodẽ con-
tractu, l. Lucius Titius 24. in fin. l. Publia 26. §. 1. D. depoſi-
ti, l. cum quidam 17. §. ex locato, D. de vſuris, l. initio 5. C.
de pact. int. empt. & vend. in ſtrictis autẽ non aliter quam

ſi ſtipulatio fuerit interpoſita: pactum enim quantumuis incontinenti factum nihil prodeſt, l. idemque 10. §. ſi quis Titio, l. qui negotia 31. D. mandat. l. 10. §. ſed vtrum, D. de in rem verſ. l. Titius 24. D. de præſcrip. verb. l. quamuis 3. C. de vſur. Quod nulla alia ratione obſeruari potuit tam diuerſe, quàm quia illis pacta inſunt, & actionem ad vſuras extendunt, his nec ineſſe poſſunt, nec aliquam actionem producere. Alioquin enim ſi ex pacto ſtrictis contractibus appoſito actio præſcriptis verbis concederetur, nonne hac actione vſuræ peti potuiſſent? Nec reſpóſum eſſet, ex pacto ad vſuras nullam actionem dari?

17 His accedit text. in l. ſi tibi 17. D. de pactis, vbi Paulus: *Si tibi decem dem, & paciſcar vt mihi viginti debeantur, non naſcitur obligatio vltra decem*: ergo nec pactum ineſt mutuo, nec aliquam actionem producit: nam ſi vltra decem ex pacto, nulla obligatio eſt, nec actio aliqua etiam præſcriptis verbis eſſe poterit. Idem docet Vlpianus ex Proculi ſententia in l. rogaſti 11. §. ſi tibi, D. de rebus credit. & Imperatores in l. cum vltra 9. C. de non numer. pecunt. Et tu, Vir Doctiſſime; lib 5. coniecturarum cap. 10. in ea ex ſententia, vt mutuum per pactum immutari non poſſit; quod nihil aliud eſt, quam pactum contractui non ineſſe, præſertim quia ſi pactum ſtipulationi ineſſe ſpeciali ſimilitudinis ratione concedis, cæteris ſtrictis contractibus, vbi non ea ſpecialitatis ratio eſt, ineſſe neges, conſequés videtur; quod & facis in Rational. ad Pandect. ad tit. de recep. arbitr. in l. litigatores 11. §. interdum, vbi ais: *Nec enim vnquam ex pacto nudo agitur*, idque comprobas Africani reſponſo in d. l. Titius, D. de præſcript. verb. vbi de pacto ſtricti iuris contractui adiecto agit Conſultus: cenſes igitur ex tali pacto nunquam actionem, nec præſcriptis quidem verbis dati poſſe.

18 Qui his adducti rationibus in contrariam inclinatint ſententiam, illis iuris locis, quos pro tua opinione adducis fortaſſis reſpondeant in l. 9. & in l. cum res 22. C. de donat. tractari, de donatione ob cauſam facta, cui pactum adiectum, cum propriam naturam donationis abſtulerit, in

in alium, & incertum contractum formam mutauit, ideò-
que incerti actio non ex pacto, ſed ex contractu incerto
competit: donaui enim prædium, vt creditoribus meis
ſolueres, vt ſatisfaceres, quod extra cauſam donationis
eſt & in alium negotium incidit, l. Ariſto. 18. in principio,
l. hoc iure 19. §. Labeo, & §. vlt. D. de donat. At in l. petens 19
27. C. de pactis, non de pacto ſtipulationi adiecto, ſed de
ſtipulatione pacto adiecta agitur, ex qua rectè, & omni
iure naſcitur actio. Ideòque Paulus lib. 2. ſentent. docet,
omnibus pactis ſtipulationem ſubijci debere, vt ex ea a-
ctio dari poſſit. Interponitur igitur ſtipulatio pacti con-
firmandi gratia in d. l. petens, ideòque nihil intereſt præ-
cedat ſtipulatio pactum, an ſequatur. Nam & quæ antece-
dit tempore, ſequitur natura & intellectu, vt aliàs ſolet, l.
6. & 7. D. de nouat. l. ſiue 9. §. 1. D. de public. in rem act. l.
33. de excuſat. tutorum, l. 2. § ſed ſi quis, D. de vulgar. Dif-
ficiliores reſtant iuris loci in l. lecta 40. D. de reb. cred. &
in l. ſi quis 135. §. Seia, D. de verb. obligat. Quibus tu, Illu- 20
ſtriſſime Domine Cuiacij opinione reiecta; reſpondes,
ideò pactum ſtipulationi ineſſe, & actionem formare: quia
etſi ſtipulatio contractus ſit ſtricti iuris, tamen verbis, ſi-
cut pactum contrahitur; nec niſi ſtipulandi, aut paciſcen-
di animo pacta plerumque ab ſtipulationibus diſcernun-
tur, l. 7. §. quod fere, D. de pact. l. 1. §. eum qui, D. de conſtit.
pecun. Sed quominus huic interpretationi acquieſcam, 21
ipſa huius contractus natura facit: nam cũ ſtipulatio tam
ſcrupuloſam verborum ſolemnitatem deſideret, nec ali-
ter obligatio contrahatur, quàm ſi interrogationis, & reſ-
ponſionis formula ſuperſtitioſè fuerit obſeruata, l. 1. &
toto titulo, D. de verbor. obligat. neceſſe eſt, vt vel pactum
ſtipulationis verbis comprehendatur, & tunc non pactũ
erit, ſed ſtipulatio, vel, vt ſi ſtipulationis verba exceſſerit,
ineſſe non dicatur. Nam ſi ad aliam ſpeciem, vel quanti-
tatem pertineat, quam quæ priore ſtipulatione contine-
batur, ei pactum ineſſe dici non poteſt, cum etiamſi verbis
ſolemnibus conceptum fuiſſet, non prioris pars, ſed noua

cenſeretur ſtipulatio, l. ſcite debemus 26. l. penult. in principio, D. de verbor. obligat.

EXERCIT. V.

Filio familias iuſſu patris mutuã pecuniam accipiente locum non eſſe S.C. Macedoniano, pro Antonio Fabro, conora Donellum.

1 His diebus dum commentaria Donelli euoluo ad lib. 21. cap. 6. in illum locum incidi, vbi ait. Quoſdam eſſe caſus, in quibus ideò minori auxilium reſtitutionis non conceditur, quia cum obligatus non ſit, & conſequenter nec læſus, reſtitutionis remedio non indiget. Et inter hos cum enumerat, quo filiusfamilias iuſſu patris mutuam pecuniam accepit, cui reſtitutionem ideò non concedi arbitratur, quia tutus eſt Senatus Conſulto Macedoniano. Id mihi cum ſuſpectum videretur, ad tua ſcripta recurri, in quibus, vt comperi, hæc te concoquere non potuiſſe, verſiculumque, *excepta mutui datione*, irreptitium putare, ſtatim me accinxi, & quæ mihi contra Donelli ſententiam occurrerant, ad te ſcribere non dubitaui.
2 Senatus Conſulto Macedoniano conſtitutum eſt, vt filij familias, dum mutuam pecuniam accipiunt, non obligentur, vt ſic materia peccandi malis moribus auferretur, l. 1. ad Senatus Conſultum Macedon. Si igitur iuſſu patris acceperint, cum non tam ipſi, quam pater accepiſſe videantur, l. item 7 §. interdum, & § pr inde, illo titulo, ratione Senatus Conſulti ceſſante, ipſum quoque Senatus Conſultum ceſſat, d. §. interdum. Cui loco Donellus reſpondet, ſi pater filium merci ſuæ præpoſuerit, vel rem peculiarem exercere paſſus ſit, ceſſare Senatus Conſultum, ſed ceſſare in perſona patris, non in perſona filij. Verum huic interpretationi totus legis cõtextus repugnat: priori enim illius. §. parte agit Vlpianus de eo caſu, in quo etſi actio in alium detur, tamen locum habet Senatus Conſultum

tum,& ſic filiofamilias exceptio conceditur:vnde cum in verſiculo,quanquam,diuerſam proponat ſpeciem, ita accipi debet,vt actio in alium,nempè patrem detur,filio autem Senatuſconſulti exceptio non concedatur, vt omnia Conſulti verba neceſſario accipiendum euincũt. Nec 3
debuit Donellus omnem impetum in vno aduerſario cõſumere,cum alij,quos ipſe ſilentio prætermiſit,non contemnendi ſupereſſent. Paulus namque pro Vlpiano ſtat, in l. ſi tamen 12. eod. tit. ait enim: *Si tamen ſciente patre creditum ſit filio, dicendum eſt ceſſare Senatuſconſultum.* Si igitur ſciente patre,quanto magis ſi iubente?Præſertim cum & non vetare ſufficiat,vt in ead.l.dicitur. Nec admittenda eſt interpretatio illa, vt ceſſare intelligatur in perſona patris, nam in fine eiuſdem legis, vbi maior dubitationis cauſa eſſe poterat, ſcribit Conſultus, *locum Senatuſconſulto non eſſe*, quæ generalia verba, nec reſtringi debent,nec poſſunt.

Iulianus quoque in l. filius 14. eod. tit. ita ſententiam 4
meam adiuuat, vt eius reſponſum, ni fallor, euitari non poſſit. Species talis eſt. Quidam filium, & ex eo nepotem in poteſtate habebat, nepos iuſſu patris mutuum accepit. Quæritur an contra Senatuſconſultum factum fuerit?Reſpondit Iulianus: *Etiamſi verbis Senatuſconſulti filius comprehenderetur, tamen & in perſona nepotis idem ſeruari debere: Iuſſum autem eius patris*, qui filiusfamilias eſt, *non efficere quominus contra Senatuſconſultum creditum exiſtimaretur, cum & ipſe in ea cauſa ſit, vt pecuniam mutuam inuito patre ſuo accipere non poſſit.* Volente igitur,& iubente poterit,iuſſumque eius patris, qui in hac cauſa non fuerit, efficiet, vt contra Senatuſcõſultum creditum non exiſtimetur. Ideòque, nec filio, nec patri Senatuſconſulti exceptio concedi debebit contra eum, qui cum nihil aduerſus Senatuſconſultum fecerit, rectè, & ſecundum ius contraxiſſe certum eſt.

Sed & idem Vlpianus, cuius reſponſum in dict. §. in- 5
terdum, ad patrem Donellus referebat,in l.ſi vero nõ remunerãdi 12.§.ſiquis mãdauerit, D.mandati: generaliter ſen-

ſententiam ſuam accipiendam euincit. Docet enim licitum eſſe mandatum, ſi quis filiofamilias pecuniam credēdam mandauerit, non contra Senatuſconſultum. ſ ſed ex cauſa, ex qua de peculio, vel de in rem verſo, vel quod iuſſu pater teneretur. His ergo caſibus non creditur contra Senatuſconſultum, validumque & licitum eſt mandatum:tenetur autē pater,quod iuſſu,ſi iubeat, l.1. D.quod iuſſu, ideòque ſi iuſſu eius creditum ſit filio, non fit cōtra Senatuſconſultum. Quod ex illo etiam iuris loco in l.2. C. de filiofamilias minore, quem pro ſua opinione Do-
6 nellus affert,probari poteſt.Reſcribit Gordianus filiumfamilias, qui mutuam pecuniam accepit, reſtitutionem impetrare poſſe, ſi nec iuſſu patris, nec contra Senatuſconſultum,contractum ſit: ſi igitur patris iuſſu fuerit contractum, non erit contra S. C. alioquin enim non, vt diuerſum diuiſionis membrum poſitum fuiſſet. Nam ſi is qui iuſſu patris mutuum accipit contra S. C. contrahit, & eo adiuuatur, ſcripſiſſe ſufficeret, reſtitutionem concedi, ſi non contra Senatuſconſultum contractum ſit: his enim verbis etiam alterum membrum comprehenderetur. Inquirenda igitur ratio eſt, qua in hac l.2. & in d. l. 3. §.ſed vtrum, D.de minor. reſponſum fuerit filiofamilias minori, qui iuſſu patris mutuum accepit, non ſubueniri, cum ex ſupra adductis conſtet,eum Senatuſconſulto Macedoniano non adiuuari. Inueniri que hæc ſaltim poſſet in lege cum mandatu, D. de minoribus. Sed Fabri munus eſt de iure reſpondere,mihi dubitare ſat eſt,præſertim cum diutius iam te morer, quàm tot tantiſque rebus occupatum virum oporteret; verum tua iuſſa exequi neceſſariū fuit. Forſitanque cum ad Iuriſprudentiam, quam tantopere amas, pertineant, erunt tibi hæc pro grauiorum occupationum leuamine. Superioribus litteris ingētes mihi ſpes facis;promittis enim fore,vt magna illa opera prudentiſſimè inchoata fœliciter peragēda ſuſcipias,de qua te cer-
7 tius aliquid ſcribas rogo;magnus enim tuarum litterarum gaudio cumulus accedet, ſi Iuriſprudentiam tot errorum vinculis explicatam,& in antiquam libertatē,priſtinūque

nito-

nitorem, quod facere cœpiſti , reſtitutam ſperare poſſim. Faxit Deus , mi Faber , & firmiſſimam tibi per longa vitæ tempora valitudinem præſtet,quam tot Reipublicæ commodis impendis. Quod equidem non ſolum publico nomine,ſed priuato, & amantiſſimo amici affectu rogo. Pater meus, qui iam diu te propter ſcriptorum miram ſapiētiam,& eruditionem amat,& reueretur; nunc priuata filij cuius honos in rem patris maximè vertitur , obligatione deuinctus, debitorem ſe tibi pro prijs litteris profitetur,& me, meaque omnia tibi Magiſtro, Patrono , Dominoque benigniſſimo, à filiofamilias obligata, validiori iuris vinculo pater ipſe mancipat, traditque.D.Barreto optimo,& nobiliſſimo viro,per quem mihi tua communicatione tādiu deſiderata frui, tandem contigit, plurimas , vt debui, gratias egi. Vale , Illuſtriſſime Domine , & me tuis litteris, vt promittis, ornare & docere perge. Matriti pridie Idus Decembris 1613.

NOBILISSIMO, ET DOCTISSIMO I.C. MELCHIORI DE VALENTIA.

Antonius Faber I. C. S. P. D.

QVOD ad ſuauiſſimas litteras tuas prid. Id. Decembr. datas reſpondeo tardius quam ſperatas, noli quæſo credere, mi Melchior, aut latiore mea negligentia factum eſſe, aut quod eſſet grauius, officij erga te mei obliuione, ſed ex eo potius quod quo tempore Chamberium allatæ ſunt, aberam, & in aula ſereniſſimi Ducis noſtri procul à libris meis, otioque meo literario, quo tantopere delector, exulabam; Taurinum iam inde à Kalen. Decemb. euocatus ad tractandas ex ore, & ſcripto ingentes iſtas de Ducatu Montisferrati controuerſias, quæ Mediolani poſt priuatam, & familiarem inter Iure Conſultos aliquos de ligantium iure concertationem, auctoritate Regia componi poſſe credebantur, & compoſitæ forraſſis fuiſſent, ni ſereniſſimus Dux Mantuæ ſuſpectum locum, ſuſpectos arbitros, ſuſpecta denique dixiſſet tempora, qui ſuſpectas potius

potius leges dicere debuiſſet. Vbi vero litteræ tuæ optatiſſimæ in manus meas tandem peruenerunt, licet nihil mihi fuerit deſiderabilius quàm vt ad eas reſcriberem, tecumque per epiſtolam, quando aliter non datur, de Iuriſprudentia noſtra conferrem, ne tamen & meo genio hac parte indulgere, & tuæ expectationi ſatisfacere potuerim, non ſolum curæ, & perturbationes aulicæ obſtiterũt, ſed illud etiam in primis, quod in legendis, & euoluendis voluminibus conſultationum, de his contentionibus in vtramque partem editarum, per menſes integros immoratus, quicquid ſuperfuit temporis exarandæ ſimul, & concinnandæ conſultationi meæ, ipſo etiam vrgente principe, impendi abs me neceſſe fuit. vt ſi quando in lucē prodibit, quod breui futurum Princeps ſpondet, non pudeat poſt tot clariſſimos, & nobiliſſimos totius Italiæ Iuriſconſultos inutiliter, ac ieiunè rem tanti ponderis tractaſſe, de qua tamen vix vllus, aut plura, aut meliora dicendi locus relictus eſſe videatur. Quo minus mirari debes in tanto negotio defuiſſe mihi otium ad te ſcribendi, quod nec vllum ferè ſuperfuit de me ipſo cogitandi. Cum autē periucunda mihi omnia in litteris tuis fuerunt, tum illud maximè, quod meas tibi gratas fuiſſe, non tantum verbis ornatiſſimè ad gratiam, & amorem compoſitis, ſed ipſa etiam re teſtaris, cum precibus votiſque meis obſecutus, pergis ad me de ſtudijs tuis copioſius ſcribere, ac ſubtiliſſimis dubitationibus propoſitis, ingenium meum ad maiora indaganda, quæ ſatisfacere tuo poſſint, ſuauiſſimè permouere. In quo ſicuti rem facis mutuo amore noſtro dignam, ita ingratus planè ſim ego, & ab humanitatis laude alienus, ſi non id agam enixiſſimè, ac libentiſſimè, vt in exhibendis omnibus, quæ à me expectare potes, officijs, non magis mihi quàm tibi videar deeſſe velle.

Placuiſſe tibi meam interpretationem ad l. triplici, D. de verbor. ſignific. gaudeo certè, vt debeo, teque non modo mihi, ſed etiam Iuriſprudentia, eo nomine gratulari facile patior. Eſt enim ſanè quam obſcurus locus, quē, ut nemo fortaſſis ante me, ita nec ego ante acceptas priores

res tuas litteras intellexeram, tametſi haberem perſuaſum, vix quicquam eſſe in toto illo tractatu de iure accreſcẽdi, quod non à me in Decadibus diligenter ſatis, ac fœliciter explicatum fuiſſet. Itaque, ſi quid mihi Iuriſprudentia hac parte debebit, totum id, vt tibi acceptum ferat, poſtulare pro tuo iure potes. Nec ego tibi, licet per modeſtiam tacenti, & diſſimulanti gloriam iſtam inuidebo. Decreui enim, ſi quando dabit mihi Deus Optimus Maximus, vt meam de Erroribus Pragmaticorum Chiliadem abſoluam, interpretationem hanc noſtram in Decadem aliquã conijcere, indeque captata occaſione per honorificam tui paternique nominis commemorationẽ inducere, vt hoc ſaltem extet poſteris amicitiæ, & neceſſitudinis noſtræ monumentum.

RESPONS. III.

De teſtamento vnico ex vnica inſtitutione æſtimando, & diſſimilitudine inter duo legata, & duas inſtitutiones.

1 INterpretatio noſtra ad l. qui patri 59. D. de adquirenda hereditate, quominus tibi æquè probari poſſit, ille, inquis, obſtat ſcrupulus, quod quamuis patris, & filij vnum ſit teſtamentum, & vnum idemque iudicium, duæ tamen ſunt diſpoſitiones, quas proinde ſeparari nihil prohibet, vt pupilli hereditatem prætermittere poſſit, etiam is qui paternam agnouit, aut contra: ſicuti circa legata ſolemus dicere, quæ licet in eodem teſtamento, & ab eodem teſtatore data ſint, vſque adeò tamen diuerſarum diſpoſitionum iure cenſentur, vt vnum agnoſci poſſit repudiato altero, ſi non ſint connexa, l. 5. D. de legat. 2. quomodo, & hereditas repudiari poteſt, & legatum vni ex heredibus factum etiam totum retineri, l. qui filiabus 18. §. vlt. & l. ſequenti, D. de leg. 1. Quod igitur in diuerſis legatis recipitur; itemque in hereditate, & legato, quidni etiam, ac multo magis in diuerſis diuerſorum hominum

minum hereditatibus recipietur? Hunc ego ſcrupulum ſic dilui poſſe arbitror, vt dicamus aliam eſſe rationẽ plurium legatorum, eodem licet teſtamento relictorum, aliã vero plurium inſtitutionum à patre teſtãte, ſibi & filio in eandem perſonam collatarum. Nam cum patris & filij teſtamentum vnicum ſit, ex receptiore illa veterum Prudẽtum ſententia, de qua in l. paterfamilias 28. D. de reb. author. iudic. poſſid. a'iàs, l. 13. D. de priuil. credit. Teſtamentum autem quodlibet ex ſola inſtitutione æſtimandũ ſit, vireſque accipiat, l. quod per manus 10. D. de iur. codicil. l. vlt. eod. Omnino conſequens eſt, vt vtraque inſtitutio paterna, & pupillaris, pro vna haberi debeat vtque ea ratio non minus inſtitutionum quàm teſtamenti indiuiduitatem, vt ita loquar, inducat. Proinde quod adfers de legatis, diſſimile eſt, ex quibus teſtamenti ſubſtantia non æſtimatur. 2

Similius eſt quod dicimus, ſi miles Titium heredem ſcripſerit in bonis paganicis, Sempronium vero in caſtrenſibus, duas quidem videri hereditates, ideòque quod magis eſt, quaſi duorum hominum, ita vt in totum æs alienum, quod in caſtris contractum fuit, ſolus Sẽpronius teneatur, ſolus autem Titius de ære alieno omni extra caſtra contracto, ſed tamen ſi alteruter delatam ſibi hereditatẽ metu æris alieni, aut qua alia de cauſa repudiauerit, alteri inuito eam accreſcere, vt totam hereditatẽ, vel defendere, vel creditoribus relinquere, cogendus ſit, l. ſi certarum 17. §. 1. D. de teſtam. milit. Nempè quia non niſi vnum teſtamentum eſt, & conſequenter vnum idemque iudicium circa inſtitutiones. Quanto magis, ſi Sempronius eſſet inſtitutus, in caſtrẽſibus, vſque ad decem annos dumtaxat, aut quamdiu viueret, Titius vero poſt id tẽporis in ijſdem bonis caſtrenſibus ſubſtitutus (nam & ita teſtari miles poteſt, l. miles ita 41. eodem titulo) dicendum eſſet, nõ debere Titio licere, qui bona paganica agnouiſſet, repudiare caſtrẽſia; at quin duæ eſſent, & diuerſæ diſpoſitiones. Non nego, ſed quæ in vnam eamque indiuiduam 3

duam coaleſcerent propter vnitatem, & indiuiduitatem teſtamenti.

RESPONS. IV.

Quæſtio de pactis incontinenti adiectis late, & ſubtiliter diſputata ad plurimarum, & difficilium legum explicationem.

1 DIfficilior videtur alius ille tractatus, quem adeò ſubtiliter, & argutè perſequeris, de pactis in continenti adhibitis poſt contractum, ſiue bonæfidei, ſiue ſtricti iuris: in quo te video non alia potiſſimum de cauſa à me diſſentire, quàm quia, quid ſit pactum ineſſe contractui non conſentimus. Tu enim nihil aliud eſſe vis, quam ita pactum imprimi contractui, vt contractus ipſe pacti formam accipiat, & pactum ita inſitum habeat, vt vnum idemque corpus efficiantur. Ego autem longè aliter, pactum ineſſe contractui, nihil eſſe aliud, quàm quod verbum ipſum ſonat, pactum eſſe in cõtractu, & fieri partem quandam contractus tranſeũte pacto in contractum, non item contractu in pactum. Alioqui dicendum eſſet, ineſſe contractum pacto, quod ex iuris noſtri auctoribus nemo vnquam dixit. Itaque dicimus, ea demum pacta ineſſe, quæ & legem, & cauſam dant contractui, vt apertè Vlpian. ſcribit in §. quinimmo, id eſt, ſine quibus non fuerit contracturus, qui ſic pactus eſt. Contractus enim omnes ex conuentione legem accipiunt, leg. 1. § ſi conuenit, D. depoſiti: at formam non item, ſed à natura negotij, quod principaliter geritur.

2 Quare nuſquam videas ita loqui prudentes noſtros, vt dicant, pacto formari cõtractum, quantumlibet bonæfidei ſit contractus, ſed tantum pacto formari actionem, quæ ex contractu competit; quod ipſum nihil aliud eſt, quàm actionem ex contractu competentem extendi, & porrigi ad id quoque, quod pacto comprehenſum eſt. Ita

fit,

fit,vt longè diuerſa ſint iſta, quæ tu mi Melchior, ſynonyma putas;pactum ineſſe contractui, & pacto actionẽ formari.& conſequenter diuerſæ quæſtiones iſtæ, vtrum pacta in continenti facta inſint contractibus, & vtrum forment actionem. Fateor in pactis, quæ in continenti poſt 3
contractum bonæfidei adhibentur, vtrumque concurrere,vt & inſint contractibus, & actionem forment: ſed effectibus adeò ſeparatis vt alter ab altero nullatenus pendeat. Proinde ſi quis ſic argumentetur,pacta in continenti adiecta inſunt cōtractibus bonæfidei,ergo formāt actionem ex contractu bonæfidei competentem, admittam equidem conſequens, ſed negabo conſecutionem. Contra vero ſi quis tecum nobis obijciat, pacta in cōtinenti poſt contractum ſtricti iuris adhibita non formant actionem ſtrictam, ergo nec inſunt ſtricto contractui,admittam facile antecedens, ſub aliqua tamen diſtinctione, de qua mox ſum dicturus; ſed negabo & conſecutionem, & conſequens. Verum enim eſt ineſſe contractui,quamuis actio- 4
nem ſtrictam non forment: neque verò quantum adhoc vt inſint contractui, differentia vlla eſt inter contractus bonæfidei, & ſtricti iuris. Differentia tantum eſt inter iudicia bonæfidei, & ſtricta, cùm de formanda per pactum actione tractatur. Solemus enim dicere,pacta in continēti facta ineſſe bonæfidei iudicijs,non etiam ſtrictis. Quod ipſum nihil aliud eſt,quam per eiuſmodi pacta formari,& in formari actiones bonæfidei nō etiam ſtrictas. Et ita intelligi debet argumentatio illa Vlpiani,qua moueris in d. §. quinimmo, vbi pro ſynonymis accipit, aut ſaltem pro cohærentibus, aut conſequentibus, non duo illa,quæ iam negaui eſſe huiuſmodi: *Pactum ineſſe contractui*, &, *pacto actionem formari*; ſed hæc potius, *pactum ineſſe iudicio*, &, *pacto formari actionem*: iudicium enim cum dicimus, actionem ſignificamus, quam dat prætor, cum dat iudicem, & iudicium dictat; dictando formulam. Nec aliud pollicetur prætor vulgaribus illis edicti verbis, *iudicium dabo*, quam daturum ſe actionem.

Aliud igitur eſt quærere,an pactum in continenti adie- 5

ctum inſit contractui, aliud vero an inſit iudicio, & actioni, ſiue bonæfidei, ſiue ſtricti iuris: Pacta in continenti facta poſt contractum, qui ſit bonæfidei, inſunt contractui, inſunt iudicio, & actioni, formant iudicium, & actionem. Quæ autem adijciuntur incontinenti poſt contractũ ſtricti iuris, inſunt ſemper contractui aliquando, ſed rarius etiam iudicio, & actioni, & cũ inſunt iudicio ſtricto, vtique formant actionem, quantumuis ſtrictam.

6 Dico ineſſe ſemper contractibus etiam ſtrictis (nam de contractibus bonæfidei nemo dubitat) quia cum dedi tibi mutua mille, eo pacto in continenti adhibito, vt tu pro me Romam eas, tam certum eſt pactum hoc dediſſe legem, & cauſam contractui, nec aliter fuiſſe me contracturum; quã ſi fundum tibi vendidiſſem pretio mille aureorum, ea lege adiecta, vt pro me Romam ires. Cur ergo priori caſu potius quam poſteriore licebit tibi fidem mihi frangere, hoc ſolo prætextu, quòd in contractu ſtricto promiſeris? Quaſi vero tolerabilius ſit, in contractu ſtricti iuris, quàm in eo qui bonæfidei ſit, vt fidem fallas, vel dolo malo quid facias. Quod certè non ita eſt, nec enim contractus ſtricti iuris ideò dicuntur, quod bonam fidem non exigant, quæ opponitur malæfidei, & dolo malo (hanc enim æquũ eſt, in contractibus omnibus deſiderari ait, lex bonã fidẽ 4. C. de oblig. & act.) ſed quia extra cauſam doli nullã æquitatis rationẽ admittant quã admittunt, & exigunt cõtractus cæteri, qui bonæfidei appellantur, l. bonafides 31. D. depoſit. In ſumma, decipit, quiſquis non implet quod promiſit, etiam nudo pacto, cum violet obligationem naturalem, quæ ex pacto nudo naſcitur, & ſecundum quam iure gentium dare illum oporteret, l. cum amplius, 84. §. is natura debet, D. de regulis iuris, l. Stichum 95 §. naturalis, D. de ſolu. Quanto grauius qui non præſtat quod promiſit pacto in continenti adiecto poſt contractum etiam ſtricti iuris, quem paciſcens non aliter fuerat initurus? Tex-

7 tus eſt hanc in rem elegans in l. vltim. C. de pactis inter empt. & vendit. quæ non de venditore tantum loquitur, ſed de alienatore quolibet, ac proinde etiam de creditore

qui mutuam dedit pecuniam, cũ eo potiſſimum cõtractus genere alienatio fiat, l. 2. §. appellata, D. de rebus creditis, iuncta l. 1. C. de fund. dot. Indeque etiam eſt quod ſolemus dicere, in traditionibus rerum valere pactũ, quodcunque appoſitum ſit, l. in traditionibus 44. D. de pactis, id eſt, etiam quod alioqui non valeret, vt in l. ei fundo 19. iunct. l. quoties 15. D. de ſeruitut. l. venditor 13. D. cõmun. præd. ne ſcilicet alioqui decipiatur, qui non aliter fuerat rem ſuam traditurus, l. ſi donaturus 9. §. 1. D. de cond. cauſa dat. l. purè 5. § pen. D. de doli mali except. Decipitur enim quiſquis certæ rei contemplatione contraxit, ſi ea res non præſtetur, l. cum te 6. C. de pact. int. empt. & vendit. vbi Baldus non malè vocat, hæc pacta ſubſtantialia, quæ dant cauſam contractui.

Hinc vero fit, vt fatendum ſit, non tantum ineſſe contractui etiam ſtricto pactum in continenti adiectum, ſed etiam ita ineſſe, vt producat actionem. Quid enim prodeſſet, pactum ineſſe contractui, & fieri partem contractus, ſi non ex eo daretur actio aliqua ad placiti fidem implendam, quemadmodum ex contractu ipſo datur? Non vt eadem detur, quæ ex contractu (iam enim diximus, ex huiuſmodi pactis regulariter non formari actionem) ſed vt aliqua tamen detur. Quænã enim alia vindicandæ perfidiæ ratio eſſe poteſt, cum pro actore, nõ pro reo pactum fuit interpoſitum? Nimirum actiones non niſi aduerſus perfidos, & improbos homines comparatæ ſunt, vt initio tit. de actio. noſter præfatur Theophilus. Ergo vel impunitam perfidiam manere oportet, ſi nulla ex tali pacto detur actio, vel actionem ex eo aliquam dari poſſe fatendũ eſt. Quo admiſſo; quod cum naturalem intellectum habeat, negari certè nullo modo poteſt, iam nec illud mirari debes, quod volo actionem hanc, quæ ex pacto in continẽti poſt contractum ſtricti iuris adiecto naſcitur, eſſe *praeſcriptis verbis*, cum fatearis quod veriſſimum eſt, condictionem certi ex mutuo, quæ ex numeratione ſola proficiſcitur, quoniam ſtricta, & præciſa eſt, non poſſe extendi vltra quam re vera numeratum ſit, l. ſi tibi 17. D. de pactis, l. ro-

gaſti 11 §.ſi tibi, D. de rebus credit. l.cum vltra 9. C. de non numer.pecu. Eſt autem extra cauſam numerationis, vt tu pro me Romam eas. Deficiente igitur actione ſtricta, quæ ex contractu certo, & nominato competit, non alia dari poteſt quam præſcriptis verbis, cui locus eſſe ſolet, cum vulgares, & vſitatæ actiones, earumque nomina deficiunt, l.2. & 3. l.quia actionum 11. & l.quoties 21. D. præ cript. verb.

9 Hoc autem ne tibi nouum videatur, etiam textibus comprobandum eſt. Soleo in hanc rem adferre quod ſcriptum eſt in l. vlt. C. de rer permut.ea lege rebus donatis Candido, vt quod placuerat menſtruum, ſeu annuum tibi præſtaret, huiuſmodi conuentionem, cum non nudi pacti nomine cenſeatur, ſed rebus proprijs dictæ legis ſubſtantia muniatur, ad implendum placitum producere præſcriptis verbis actionem. Non ait donationem hanc non eſſe nudum pactum. Quis enim de eo dubitaret, cum olim donatio non fieret, niſi per traditionem, aut per ſtipulationem? *Sed conuentionem hanc*, inquit, donationi ſcilicet adiectam, quæ ſi à donatione ſepararetur, pactum nudum eſſet, donationi vero iuncta ineſt adeò donationi, vt partem ipſius faciat, donationem nimirũ alteri negotio mixtam, vt loquitur, l. Ariſto 18. in principio, D. de donat. Vtrumque igitur verum eſt, quod volumus, & pactum hoc ineſſe donationi, ita vt ab ea vires accipiat ad actionem producendam, ideòque nec pactum nudum dici poſſit, & actionem illam eſſe *Præſcriptis verbis*; cum tamen donatio ſi contractus eſt, vt eſſe noſtri volunt, inter bonæfidei contractus non enumeretur, leg. eum qui 22.D.de donat.

10 Verum, iam video te reſpondere, quod reſpondes ad legẽ 9. & l.cùm res 22.C.eod. tractari in hac etiam lege, vt in illis, de donatione ob cauſam facta, cui adiectum pactum propriam naturam abſtulerit, inque alium & incertum contractum, formam eius mutauerit; & idcirco incerti actionem ciuilem præſcriptis verbis non ex pacto, ſed ex contractu competere.

11 Ego vero non dico ex pacto nudo agi, ſed ex pacto in con-

continenti adiecto, quia non nudum pactum eſt, ſed pars quæ iam cõtractus cui accedit. Et quamuis huiuſmodi pactum ſit extra cauſam donationis, quatenus obligat donatarium, non ideò tamen tollit vſque adeò donationem, eamque transformat, vt nulla donatio facta fuiſſe intelligatur, ſed miſcet donationi negotium, manente nihilominus donatione, vt ſcriptum eſt in d.l. Ariſto. ſicuti, & ſi credidero tibi mille aureos eo pacto, vt eas pro me Romam, mutuo miſcetur aliud negotium, ſed mutuũ tamen manet. At non ſatis aptum fortaſſis hoc exemplum eſt de 12 donatione facta certo pacto, quoniam ex mera & ſimplici donatione nulla naſcitur actio, de qua dubitari queat, an per pactum formari, & informari poſſit, niſi cum donatio per ſtipulationem facta eſt: quo tamen caſu ſtipulationis contractus dicẽdus eſt, non donationis, l. cum enim 9. D. de nouat.

Erit itaque res illuſtrior in mutuo, quippè ex quo cer- 13 tum eſt naſci condictionem certi, nõ minus quam ex emptione, & venditione actiones empti, & venditi: peto abs te, mi Melchior, iam enim volo tecum agere familiarius, cum mille tibi credidi ea lege, vt pro me Romam eas, an exiſtimas ita immutatum eſſe contractum mutui per pactum, vt ex contractu certo fiat incertus. ſi affirmas, vt videris velle. Ergo ad repetenda mille agendum mihi erit præſcriptis verbis, non condictione certi ex mutuo. Nec enim fieri poteſt, vt condictio certi ex mutuo duret poſt mutuum extinctum. Quod tamen quis vnquam dixit, aut ſcripſit? Sin negas, ergo fatere neceſſe eſt, pactum hoc, ſicuti non extinguit condictionem certi ex mutuo, ita nec impedire quo minus mutuum duret, tanquam quod per adiectionem talis pacti in alium contractum, aliudue negotium non degenerauit.

Sed quæro rurſum, an quia mutuum, & certi condi- 14 ctio ex mutuo manet, agendum mihi erit condictione iſta ad id, quod mea intereſt te Romam iuiſſe? Minimè vero, excedit enim pactum hoc notiſſimos mutui terminos, & extra mutui cauſam eſt. Et quamuis pactum hoc inſit mu-

tuo,cui adiectum in continenti fuit, adeòque ex parte a-ctoris,adeò vt iam non nudi pacti nomine,ſed contractus iure cenſeri potius debeat ad actionem aliquam producendam; propriam tamen actionem parit ab actione primæua, & propria contractus mutui ſeparatam, ſcilicet præſcriptis verbis,quæ idcirco non ad id datur, ad quod competit actio ex contractu, id eſt ad repetitionem mutuo datæ pecuniæ,ſed tantum ad implendum placitum,d. l. vlt.C.de rer. permut. d.l.9.& 22. C. de donat.

15 Eſt igitur vnus quidem, & is indiuiduus contractus, ſed ex eo duplex actio,vna propria ex ipſo contractu, ea eſt certi condictio, ex mutuo ad mutuum repoſcendum. Altera præſcriptis verbis ad implementum. Et hæc poſterior naſcitur proculdubio ex pacto in continenti appoſito, non tanquam ex pacto nudo,ſed tanquam ex pacto nõ nudo, at munito, vt loquar cum Imper.in d. l. vlt. C. de rer.permut.ſi non pateris,vt dicam cum Interpretibus minus eleganter, veſtito coherentia contractus,& ſubſtãtia legis dictæ nummis creditis in ipſo tempore alienationis, nec enim pactum nudum interueniſſe dici poteſt,quoties certa lege dari quid probaretur, inquit Papinian. in l. ſi dominus 8. D. de præſcriptis verb.

16 Textum in hanc rem accommodatiſſimum habeo, qui euitari non poteſt,in l.frumenti 17. C.de vſur. cuius hæc ipſiſſima verba ſunt: *Frumenti vel hordei mutuo dati acceſſio, etiam ex nudo pacto præſtanda eſt.* Vbi ſtatim obſeruandũ eſt, quod ait lex de pacto nudo, non debere accipi de eo quod ſit abſolute nudum,ſed ad differentiam ſtipulationis aut pacti ſtipulatione vallati, de quo vt benè ſentis in l. petens 27. C.de pactis,ſenſus enim legis apertiſſimus eſt: Si tibi decem modios frumenti crediderim, hoc pacto in continenti appoſito citra ſtipulationem, vt vſuratum nomine reddas vndecim, valere pactum hoc, quamuis nulla ſtipulatione munitum, ad repoſcendum etiam vndecimũ modium frumenti, & ideò parere actionem. Sed quam actionem? An fortè condictionem certi ex mutuo? Nequaquã;quia licet pactũ hoc inſit contractui ſtricto perin-

de

de ac ineſſet contractui bonæfidei cũ ei & legẽ,& cauſam dederit, non tamen actionẽ ex contractu formare poteſt, quia ſtricta eſt,d.l.ſi tibi,d.l.rogaſti,§.ſi tibi,d.l.eum vltra. Quã igitur?Nouam nimirũ præſcriptis verbis,ad vſurã ſolã petendã manente condictione certi ex mutuo, ad decẽ modios,qui crediti,& numerati fuerunt, repoſcendos.

Ex quo intelligis, quam parum mihi obſtent loci illi, 17
quos congeris, vt probes pactum de vſuris præſtandis in contractu mutui nullam actionem producere; ne quidem præſcriptis verbis,l.3.C.de vſuris, l. Titius 24 D.de præſcriptis verbis,l.idemque 10.§.ſi quis Titio,& l.qui negotia 34.D.mandati,l.ſi pro parte 20.§. ſed verum, D. de in rem verſ. omnes enim ſicuti loquuntur de vſura pecuniæ creditæ quam nos ſpecialiori nomine fœnus appellamus, ita rationem ſpecialem illam habent, nõ quod pactum in continenti adiectum, poſt contractũ ſtricti Iuris non poſſit ei ineſſe,aut tam efficax eſſe, vt non magis nouã actionem poſſit inducere, quàm veterem informare, ſed quod fœnus ſit quid odioſius,quam vt citra ſtipulationis vinculum deberi poſſit. Huiuſque tanti odij cauſa illa eſt,quod vt Ariſtoteles quoque docuit, pecunia non gignit pecuniam,nec rurſus variam æſtimationem recipere poteſt,cũ eandem ſemper, & vbique certam habere debeat in Republica benè conſtituta,l.3. D. de eo quod certo loco. Et id circo ſolemus dicere, vſuram pecuniæ non natura percipi,ſed iure l.ſi nauis 62. D. de rei vindicatione. At fru- 18
menti,vel hordei,aut aliarum huiuſmodi mercium vſuræ, non æquè ſunt odioſæ, ſi modo ſint eiuſdem materiæ, idque propter incerti pretij rationem, quia pro temporum varietate aliam atque aliam recipiunt æſtimationem, vt diſertè ſcriptum eſt in l. oleo 23. C. de vſur. ideòque nimirum quaſi ceſſante repugnantia ex parte rei dicimus vſuras iſtas,& acceſſiones frumenti,vel hordei,etiam nudo pacto, id eſt citra ſtipulationem promiſſas,in continẽti tamen poſt contractum mutui,deberi,& poſſe exigi,nõ quidem condictione certi ex mutuo, cuius natura ſtricta repugnat, ne per hoc pactum quod adijciens eſt, formari

poſſit, ſed per actionem præſcriptis verbis, quæ ſola occurrit in ſubſidium, vt ſuppetias ferre poſſit. Dixi, ſi ſint eiuſdem materiæ, vt in d. l. oleo, quia ſi mutuos dem tibi decem modios frumenti, eo pacto quamuis in continenti addito, vt pro vſura præſtes modium vnum hordei, pactũ inutile eſt, & inefficax ad agendum, cum ſicuti pecunia pecuniam nõ parit, ita nec frumentum parere poſſit hordeum, proinde non minus odioſa eſſet talis vſura, quam fœnus pecuniæ creditæ, & conſequenter indiget vinculo ſtipulationis, vt exigi poſſit.

19 Amplius dico, quod magis mitere, ſi pactum tale ſit, cui natura contractus ſtricti, & actionis ſtrictæ non repugnet, quominus formari per pactum poſſit, vtique dicendũ formari, non minus quàm ſi contractus, & actio bonæfidei eſſe proponeretur. Exemplum elegans eſt, & apertum in d. l. ſi tibi & d. l. rogaſti §. ſi tibi, D. de reb. cred. vbi Vlpianus ex Proculo ſcribit, ſi decem tibi dedero, ſic vt nouem debeas, non amplius te ipſo iure debere quam nouem; non quia pactum hoc inſit ex parte debitoris tantum, cuius fauore adiectũ fuit, vt malè ſentit Cuiacius, ſed quia ineſt non tantum contractui, verum etiam actioni ex parte actoris quoque, & actionem ipſam format: quam ſi non formaret, adeoque contractum ipſum, non eſſet verum quod lex ait, te ipſo iure non amplius quàm nouem debere. Dicendum enim eſſet adhuc te debere decem ipſo iure, ſed exceptionem pacti prodeſſe tibi debere, quaſi quæ ineſſet actioni, vt euenire ſolet in iudicijs bonæfidei, l. 3. D. de reſcindenda venditione.

20 Itemque de exceptione doli, leg. huiuſmodi 84. § qui ſeruum, D. de leg. 1. l. ſed ſi ideo 21. D. ſolut. matrimon. Non enim ita inſunt bonæfidei iudicijs exceptiones iſtæ, vt actionem tollant ipſo iure, aut impediant, ne quis ipſo iure competat, ſed tantum vt quamuis non ſint oppoſitæ apud Prætorem, in ipſa litis conteſtatione, neque appoſitæ à Prætore in formula, perinde tamen haberi debeant officio iudicis, ac ſi & oppoſitæ eſſent, & appoſitæ. Idque vi, & poteſtate eius adiectionis, quæ in bonæfidei iudicijs dictan-

dictandis nunquam prætermittebatur *ex fide bona*, cuius ea vis erat, non vt actionem extingueret, in cuius formula ponebatur, ſed vt eius moderandæ facultatem iudici daret, tantumque officio iudicis tribueret, quantum tribuere ſolebat in iudicijs ſtrictis adiecta nominatim exceptio, quæ porrò nunquam extinguere poteſt actioné ipſo iure, ſed tantum elidere illam, quæ competit.

Implicat enim contradictionem, vt eo caſu quo actio 21
ipſo iure extincta eſt, locus ſit alicui exceptioni opponédæ, ſiue appoſita dicatur in formula, ſiue ineſſe formulæ ipſo iure, cùm exceptio nihil aliud ſit, quam actionis cõpetentis, & ſubſiſtétis eliſio, l. 1. 2. & paſſim, D. de excep. & in libris noſtris paſſim iſta opponuntur tanquam contradictoria, & incompatibilia, vt quis tutus ſit ipſo iure, & vt ſit tutus per exceptionem, quoniam qui ipſo iure tutus, & munitus eſt, non indiget Prætoris auxilio, l. in cauſæ 16. in princip. D. de minor. & prius eſt, vt actio aliqua ſit, quam vt elidi poſſit, quandoquidem non entis nullæ ſunt qualitates, vt vulgati, & veriſſimo noſtrorum iactatur brocardico à Philoſophis deſumpto.

Cum igitur creditis tibi decem ea lege, vt nouem tan- 22
tum debeas, verum ſit te ipſo iure non amplius quam nouem debere, d. §. ſi tibi, conſequens eſt, vt pactum hoc inſit contractui, quantumuis ſtricto, & quidem etiam ex parte actoris, adeòque inſit actioni ſtrictæ, id eſt condictioni certi ex mutuo, eamque formet, vt quæ propter numerata decem, competitura erat ad decem, reſtringeretur tamen per pactum ad nouem, ita vt ſi decem peterem, non tam malè viderer agere, quã nihil agere, vt in l. vnica in fin. D. quand. dies vſusfr. legat. ced. id eſt ſine actione, quod fieri non poteſt, l. ſi pupilli 6. §. vlt. D. de nego. geſt. l. quoties 12. §. & generaliter, D. de admin. tutor. ac ſi non niſi nouem tibi numeraſſem. Nec enim omnis numeratio parit obligationem, ſed ea tantum, quæ ſit animo inducendæ obligationis, l. non omnis 19. in princip. D. de rebus credit. Ex huiuſmodi autem pacto in cõtinenti appoſito conſtat ſatis me, cum tibi decem numeraui, non tamen eo animo fuiſſe

fuiſſe,vt in decem obligareris, ſed tantum, vt in nouem. Ergo quod dicimus, pacta in continenti adiecta contractui ſtricto, neque contractum formare,neque actionem, quamuis inſint contractui, non ex eo proficiſcitur, quod aliquis defectus ſit poteſtatis in pacto, ſed ex ſola repugnantia,quæ eſt ex parte rei, id eſt ex parte cõtractus ſtricti,& actionis ſtrictæ quæ informationem illam non facile admittit extra caſum,d.l.rogaſti,§.ſi tibi,& alios,ſiqui ſunt ſimiles.

23 Sunt autem,ni fallor,omnes ij,in quibus agitur de pacto detrahente naturali obligationi mutui,vt puta ſi crediderim tibi decem modios frumenti Africi optimi, & pacto in continenti appoſito conuenerit inter nos, vt totidem modios mihi reddas frumenti cuiuslibet,quantumuis viliſſimi. Nam cum certi condictio ex mutuo ſui natura detur ad id, vt tantundem reddatur,quod ſit eiuſdem bonitatis, & qualitatis, l. cum quid 3. eodẽ titulo, in hac tamen ſpecie faciet pactum in continenti appoſitum, vt ipſo iure non debeas mihi decem modios Africi frumenti,ſed frumenti cuiuslibet, etiam viliſſimi, ac proinde vt non ad aliud poſſit mihi competere certi condictio ex mutuo, quàm vt mihi decem modios qualiſcunque frumenti reddas.Hoc vero quid aliud eſt, obſecro,quam formari actionem per pactum? Cum hoc caſu extendatur actio quantumlibet ſtricta ad id,quod pacto comprehenſum eſt: nimirum nihil eſt, quod impediat quo minus actio,licet ſtrictiſſima,informetur per pactũ, quoties pactum detrahens eſt,quia eo caſu non ſit per pactum,vt ad eam quantitatem agatur, quæ pacto declarata eſt, cũ iam illa ipſa quantitas in contractu contineretur,ſed tantum vt ad eam quantitatem ſolam agi poſſit, non ad totam illam, quæ fuit credita, ſcilicet propter detractionem per pactum factam.

24 Et conſequenter quod additur in d. §. ſi tibi, ſi dedero tibi mutua decem, ſic vt vndecim debeas,non poſſe condici amplius quam decem, non rationem illam habet quod pactum in continenti additum contractui ſtricto mu-

mutui non poſſit ſui natura ineſſe contractui, etiam ex parte actoris, & formare actionem, ſi nihil aliud impediret; ſed quia natura & contractus ſtricti, & actionis ſtrictæ repugnat, ne formari poſſit per pactum adijciens, quia condictio certi ex mutuo non poteſt competere vltra eam quantitatem, quæ verè numerata eſt, dict. leg. cum vltra 9. C. de non numerata pecunia, nec re contrahi obligatio, niſi quatenus datum eſt, dict. leg. ſi tibi 17. D. de pactis. Actio autem præſcriptis verbis, quæ aliàs competere ſolet ex pactis in continenti poſt contractum ſtrictum adhibitis, nulla hoc caſu competit pro vndecimo nummo: non quia tale pactum per ſe non ſit efficax ad producendam actionem præſcriptis verbis, vt impleatur id quod pacto promiſſum eſt: ſed quoniam repugnantia eſt, non ex parte contractus, ſed ex parte materiæ in pactum deductæ, propter odium fœnoris, vt diximus. Nam *decem* ſimpliciter qui dicit, numeratam pecuniam intelligit, non decem modios frumenti, aut decem metretas olei. At in vſuris & acceſſionibus frumenti, quæ modo eſſent eiuſdem materiæ, aliud probandum eſſet, dict. leg. frumenti 17. & l. oleo 23. C. de vſuris. Itaque 25
niſi me fallo, diffiniri generaliter poteſt, pacta omnia, quæ in continenti poſt contractum ſtricti iuris adhibentur, ineſſe contractui, etiam ex parte actoris, & ad producendam actionem aliquam nouam, eamque præſcriptis verbis, ſi pactum ſit adijciens, aut ad propriam cõtractus actionem formandã, ſi pactum ſit detrahens; nec videre poſſum, quænam exceptio ad hanc poſitionem generalem ſubijci debeat, niſi eum repugnantia eſt ex parte materiæ, in pactum adijciens deductæ, puta odium vſurarum pecuniæ.

Dixi, *in pactum adijciens*, quia pacti detrahentis materia 26
cum eadem ſit, quæ ipſius contractus, & actionis ex contractu cõpetentis, repugnare certè nunquã poteſt. atſi nõ de eo ſimpliciter quæramus, verũ pacta in continenti adiecta inſint contractui ſtricti iuris, ſed de illo etiam vtrum

for-

forment actionem ſtrictam, ex contractu competente diſtinguenda neceſſario ſunt pacta adijcientia à detrahentibus;detrahentia non ſolum inſunt contractui,ſed etiã formant actionem, quantumlibet ſtrictam; adijcientia vero omnia inſunt quidem contractui, ſi excipias pactũ fœnoris odioſum, ſed nunquam formant actionem ſtrictam ex ipſo contractu competentem, ſed nouam pariunt præſcriptis verbis extra cauſam fœnoris:ideò autem non formant, non quod per ſe non habeant poteſtatem formãdi actiuam, ſed quoniam actio non habet eam poteſtatem paſſiuam, niſi cum pactum eſt detrahens.

27 Stipulationem ſemper excipio, quæ licet omnium ſtrictiſſima ſit, proprio tamen hoc iure vtitur, vt pacta omnia ei adiecta in continenti, ſiue adijcientia ſint, ſiue detrahentia, non tantum inſint ſtipulationi etiam ex parte actoris, & ad producendam actionem, ſed etiam forment actionem ex ſtipulatione competentem,ſiue certi condictio ex ſtipulatione illa ſit, quæ locũ habet, quoties in ſtipulationem certum quid deductum eſt, l. certi condictio 9.D.de reb.cred. & Inſtit. tit.de verb.oblig. in princip. ſiue actio ex ſtipulatu, cũ ſtipulatio ipſa eſt incerta, vt ibidẽ Iuſtinian. ait.& Vlpian. in l.vbi autem 75.iunct.l.præced.D.de verbor oblig. Sed cum hac differentia, quod nõ aliter formant condictionem certi ex ſtipulatione, quam ſi id quoque certum ſit, quod in pactum deductum fuit: alioqui repugnantia erit ex parte condictionis certi, quæ ad incertum dari nunquam poteſt.

28 Eritque neceſſarium hoc caſu, vt ex pacto quod ſtipulationi ineſt, alia producatur actio, eaque non præſcriptis verbis, quomodo ſi adiectum eſſet pactum in mutuo(inauditum ſiquidem eſt, vt quo caſu ſtipulatio interuenit, actio præſcriptis verbis locum habeat, l. ſi dominus, 8. D. de præſcrip. verb.) Sed actio ex ſtipulatu. Nec magis nouum eſt,vt ex vno eodemque contractu ſtipulationis propter pactum duæ naſcantur actiones, quarum vna ſit condictio certi,alia ex ſtipulatu,quam vt ex contractu mutuo dati

dati frumenti ſubiecto pacto de acceſſione eiuſdem materiæ duplex naſcatur actio, condictio certi ad frumẽtum, quod mutuum datum eſt repoſcẽdum, & præſcriptis verbis ad promiſſam acceſſionem petendam.

Immo propius accedit actio ex ſtipulatu ad condictionem certi ex ſtipulatione, quàm actio præſcriptis verbis ad condictionem certi ex mutuo. Similiter igitur, & pactum in continẽti adiectum poſt incertam ſtipulationem, non aliter formabit incerti actionem ex ſtipulatu, quã ſi incertum quoque illud ſit, quod pacto continetur, quoniam æque verum eſt, incerti actionem ad rem certã dari non poſſe. Quod ſi certum quid deductum ſit in pactũ, perinde quidem pactum inerit ſtipulationi, ſed quia actionem incerti ex ſtipulatione formare non poteſt, pariet nouam, eamque non præſcriptis verbis ratione illa, quam iam attuli, ſed cõdictionem certi ex ſtipulatione, cũ placeat eam competere, quoties petitur certum, licet ex cõtractu incerto, vt ſcriptum eſt in l. certi condictio 9. D. de reb. credit. Quod tamẽ quando locum habere poſſit, difficile eſt dicere, niſi in eo caſu quem tractamus, cum in certo contractui ſtricto adiectum eſt in cõtinenti pactum de re certa. Quidni vero perinde hoc admittamus, atque illud admittimus ex certo contractu ſtricto, cui pactum in certum adiectum ſit in continenti; puta ſi crediderim tibi decem modios frumenti Africi optimi, aut quod facilius eſt, mille aureos certæ formæ, & certi ponderis, ea lege, vt pro me Romam eas, naſci & condictionem certi ex mutuo, & incerti actionem præſcriptis verbis, d. l. frumenti 17. & l. oleo 23. C. de vſur. iunct. d. l. rogaſti 11. §. ſi tibi, D. de reb. cred. & d. l. ſi tibi 17. D. de pactis. 29

Et hoc eſt meo iudicio, quod ſenſit Paulus in l. lecta 41. D. de reb. credit. cum generaliter dixit, pacta in continenti facta ineſſe ſtipulationi: intellexit enim proculdubio ineſſe omnia tam adiicientia quàm detrahentia, & ineſſe ſemper ſine vlla diſtinctione materiæ in pactũ deductæ, vt neque excipienda cauſa fœnoris. Nam & de fœnore, id eſt de vſura pecuniæ creditæ, agitur in d. l. lecta, vt 30

&

31 & in l. ſi ita quis 135. §. Seia, D. de verbor. oblig. Ex quibus locis apparet ſolitum fuiſſe olim, vt in continenti poſt ſtipulationem ſubijceretur pactum conuentum, etiam de fœnore, vtque eo caſu perinde ageretur ex ſtipulatione fœnoris nomine; atque ſi fœnus in ſtipulationem ipſam deductum fuiſſet, ac proinde aliam hac parte fuiſſe cauſam mutui, aliam ſtipulationis, aliam condictionis certi ex mutuo, quàm diximus per pactum adijciẽs formari nunquam poſſe. Aliam actionis ex ſtipulatione competentis, quam & Paulus, & Scæuola ſupra dictis locis volunt informari per pactum in continenti adiectum, etiam fœneratitium, ne dubitare poſſimus, quin eiuſmodi pacta inſint, etiam ex parte actoris, & ad agendum, adeòque quod magis eſt, ad formãdam actionem ipſam, ex ſtipulatione; ſiue ſit cõdictio certi, cum tam in ſtipulationem, quàm in pactum, nihil niſi certum deductum eſt, vt in d. l. lecta; ſiue actio ex ſtipulatu, cum & in ſtipulationem, & in pactum nihil, niſi quid incertum collatum eſt, vt in d. §. Seia, vbi obligatio erat faciendi, & tradendi, atque ita incertæ rei, d. l. vbi autem 75. §. qui id quod, eod. titul. Quis enim locus eſſet quæſtioni d. §. Seia, vtrum poſt tempus pacto comprehenſum poſſit offerri pecunia, & agi ex ſtipulatione, ſi pactum non ineſſet ipſo iure ſtipulationi ad agendum, & ad formandam ex ſtipulatu actionem?

32 Idque nimirum eſt quod Paulus in d. l. lecta diſputat contra Vlpianum, quem perſtringere pleriſque creditur his verbis: *Vt ille putabat*, & alijs præcedentibus, *quidam dicebat*, cum Vlpianus negaret pactum, licet in continenti adhibitum poſt ſtipulationem, ineſſe ſtipulationi, nec admitteret prodeſſe reo, niſi ad exceptionem, cuius locutionis non ille ſenſus eſt, quem putat Cuiacius, vt hoc pactũ inſit ſtipulationi ex parte rei, ſed is potius, vt nõ inſit. Iam enim dixi, cum pactum ineſt, ſiue contractui, ſiue actioni, nihil eſſe quod tractari poſſit de exceptione imo eſſe hæc oppoſita, pactum ineſſe, & pactum prodeſſe ad exceptionem, quod omnium apertiſſimè probat Papinianus noſter in l. Pacta conuenta 72, D. de contr. empt. vbi ait pacta con-

conuenta de adminiculis contractus, quæ poſtea, & ex
interuallo facta detrahunt emptioni, videri contractu
contineri, quod nihil aliud eſt, vt docuimus, quàm in-
eſſe contractui. Quæ vero adijciunt, ea non ineſſe, ſed
tantum iure exceptionis vires habere aduerſario agente.
Ex quo apparet, quod in ſpecie, l.lecta, Vlpianus putabat
pactum in continenti poſt ſtipulationem adiectum ad ex-
ceptionem tantum prodeſſe, non alio ſenſu ab eo dictum
fuiſſe, quàm quod crederet pactum hoc ſtipulationi non
ineſſe, ne quidem ex parte rei.

In eoque benè ſentis, quod Cuiacium noſtrum, ſic paſ- 33
ſim loqui ſolitum reprehendis. Nec enim Iure Conſultos
ſic vnquam locutos legitimus, vt pactum ex parte vel rei,
vel actoris contractui ineſſe dixerint. Et cum ineſſe nihil
aliud ſit, quam contractu contineri, vt Papinian. explicat,
quid abſurdius eſt, quàm dicere cõtractu cõtineri ex par-
te vnius contrahentium, non etiam ex parte alterius? An
non id eſſet, contractum ipſum claudicare, & ex vno tan-
tum latere conſiſtere? Quod ſanè abſurdiſſimum eſſet, ex-
tra caſum leg. Iulianus 13. §. ſi quis pupillo, D. de actioni-
bus empt. Vnde coniectura ſumi non leuis poteſt, Vlpia- 34
nũ, cum dixit in §. quinimmo, pacta in continenti facta in-
eſſe bonæfidei iudicijs, non tantum illud ſenſiſſe, quod
volumus, vt inſint actionibus quoque bonæfidei ad eas for-
mandas, non ſolũ ipſis contractibus, in eoque contractum
bonæfidei, & ſtricti iuris differentiam notaſſe, ſed præte-
rea id ipſum inſinuare voluiſſe, quod tu, mi Melchior, de-
fendis, pacta huiuſmodi, quæ non tantũ iudicijs bonæfidei
ſed etiam contractibus inſunt, attamen nõ magis cõtracti-
bus quã actionibus ſtrictis ineſſe; ne quidẽ ſtipulationibus?
Quod ſi ita eſt, habes quidẽ à tuis patribus contra nos Vl-
pianũ, ſed cuius ſententiam in Papiniani noſtri auditorio
exploſam fuiſſe teſtatur Paulus in d.l. lecta, ijs verbis: *Quã-
uis diuerſa ſententia obtinuerit*, vt intelligas debere te tandẽ
cũ Vlpiano manus dare, & nobiſcũ admittere, pacta in cõ-
tinenti facta, non minus ſtipulationi, cæteriſq; ſtricti iuris
contractibus ineſſe, quàm iudicijs bonæfidei, & actionem,

aut primæuam formare, aut nouam producere, ſecundum eas tamen diſtinctiones, quas attuli, & retenta ſemper differentia ſtipulationis à mutuo, & alijs cōtractibus ſtrictis, quia ex pacto in continenti adiecto poſt ſtipulationem ſiue certam, ſiue incertam, præſcriptis verbis actio nunquā competit, ſed ſemper, aut condictio certi, vt in d. l. lecta, aut actio ex ſtipulatu, vt in d. §. Seia, iuncta l. ſi dominus 8. D. de præſcriptis verb. diſſimilitudinis autem ratio euidens illa eſt, quam attuli in rationalibus, quod multo faciſius ſit, vt pactum in continenti adiectum ſtipulationi, influat in ſtipulationem, & actionem ex ſtipulatione competentem: quod pactum non in alio fere differat à ſtipulatione quàm animo ſtipulandi, aut paciſcendi, l. iuris gentium 7. §. quinimmo, D. de pactis, *idem autem animus ſtipulandi, qui ante fuit, etiam poſt ſtipulationem in continenti durare, adhuc videatur.*

35 † Sed alia ratio coniungenda eſt ex eo ſumpta, quod eadem ſit materia pactorum, & ſtipulationum omnium, cum de rebus omnibus quæ in commercio ſunt, poſſint fieri pacta, & ſtipulationes, pendeantque & hæ, & illæ ex negotio contracto, l. 5. D. de verbor. oblig. itaque nō quemadmodum dicimus, ſi donauerim tibi mille, aut mutua dederim, eo pacto in cōtinenti adiecto, vt pro me Romam eas, pactum hoc eſſe extra cauſam donationis, vel mutui; ita poſſis dicere, cum ſtipulatus ſum à te mille eo pacto addito, vt pro me Romam eas, eſſe pactum hoc extra naturam ſtipulationis, cum potuerit ea ipſa conuentio perinde in ſtipulationem, atque in pactum deduci.

36 Neque tamen hoc à te ſic accipi velim, quaſi putem huiuſmodi pactum in cōtinenti poſt ſtipulationem adhibitum nouam, & ſecundam eſſe ſtipulationem, quod contingeret, ſi noua fieret interrogatio, & noua reſponſio, ſed quaſi in eam ipſam ſtipulationem, quæ præceſſit, deducta ſint omnia, quæ pacto continentur. Proinde ſpeciale eſt in pacto in continenti poſt ſtipulationem adiecto, non vt inſit contractui ſtipulationis, ſed vt formet actionem ipſam ex ſtipulatione, licet aliter, atq; aliter: quia ſtipulatio propriam

priam naturam nullam habet,ſed communem illam, quæ eſt pactorum omnium, quod in cæteris omnibus contractibus,ſiue bonafidei ſint,ſiue ſtricti iuris, diuerſum eſt.

Rurſum quod diximus in pactis in continenti adiectis 37 poſt contractum ſtricti iuris, diſtinguenda eſſe pacta detrahentia ab adijcientibus,quod facilius ſit, vt detrahentia inſint actioni ſtrictæ,eamque forment quàm adijcientia, non malè confirmari poteſt ex eo quod Papinianus ſcribit in d. l.pacta conuenta, vbi licet loquatur de contractu venditionis, qui bonæfidei eſt, non de contractu aliquo ſtricti iuris, & de pacto quod adiectum ſit poſtea, & ex interuallo,non quod in continenti,oſtendit, tamen non obſcure facilius ea poſſe ineſſe,quæ detrahunt, quàm quæ adijciunt: ſcilicet ſi in continenti poſt contractum ſtricti iuris adhibita proponantur. Nam ſi poſtea,& ex interualo, non magis poſſunt ineſſe detrahentia, quàm adijcientia, ſed tam ex his quàm ex illis æquè naſcetur exceptio ad actionem elidendam.

In eoque alia differentia eſt inter iudicia bonæfidei, 38 & ſtricta, quod iudicijs bonæfidei pacta omnia detrahentia inſunt,formantque actionem, ſiue in continenti facta ſint,ſiue ex interuallo circa adminicula contractus: adijcientia vero non aliter quam ſi in continenti: at iudicijs ſtrictis inſunt quidem detrahentia omnia, formantque actionem quantumlibet ſtrictam, ſed ita ſi adhibita ſint in continenti. Ex interuallo adhibita, neque formant actionem,neque inſunt contractui, vt nouam producant, ſed proſunt tantum ad exceptionem. Adijcentia vero ſi in continenti adhibita ſint, inſunt quidem, ſed non formant præter quam actionem ex ſtipulatione: pariunt tamen actionem præſcriptis verbis, præterquam ſi ſint addita ſtipulationi, quo caſu pariunt,vt diximus, vel condictionem certi, vel actionem ex ſtipulatu. Ex interuallo autem neque inſunt, neque formant,æquè tamen pariunt exceptionem.

Reſtat, vt alio te ſcrupulo liberem. Mirum enim tibi 39 videtur, & abſurdum ex contractu certo, qualis eſt con-

tractus mutui, naſci actionem incertam, quæ & dicitur In certi præſcriptis verbis. Hoc vero non eſt quod miteris, nam præter id, quod ſi verum amamus, non iam naſcitur hæc actio ex contractu ipſo, quam ex pacto cõtractui addito, vt loquitur d. l. frumenti, tanquam quod non poſſit nudi pacti iure cenſeri, cum contractu ipſo contineatur, dict. l. pacta, & contineat ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ quoddã propter adiunctam dationem, & traditionem rei in contractum deductæ, dict. l. ſi dominus 8. in fin. D. de præſcript. verb. l. vlt. C. de rer. permut. l. legem 9. l. cum res 22. C. de donat. Dico amplius, quod pauci obſeruant, & mirabilius tamen videri debeat, etiam in iudicijs bonæfidei, idem euenire, vt ex pacto in continenti addito, quãuis formetur actio ipſa ex contractu, quæ bonæfidei eſt, vt ad id quoque extendatur, quod pacto comprehenſum fuit.

40 Naſcatur tamen etiam propria, & ſeparata actio præſcripſitis verbis, ſi ea malit actor experiri, quã actione bonæfidei. Textus ſunt in l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. l. ſi conuenit 6. D. de reſcind. vendit. l. ſi vir vxori 12. D. de præſcript. verb. Nempè abſurdum eſſet pactum in continenti appoſitum poſt venditionem deterioris in hoc eſſe conditionis, ne poſſit producere actionem præſcriptis verbis, ob id ſolum quod adhibitum ſit pactũ poſt cõtractum bonæfidei, cum ea res maiorem pacti poteſtatem facere debeat, & ſoleat non minorem. Sed tamen nil neceſſe eſt ad actionem hanc præſcriptis verbis confugere, quæ ſemper ſtricta eſt, niſi cum ex permutatione datur, §. actionum Inſt. de action. cum alia competit actio bonæfidei, quæ ſemper plenior eſt, ſicuti ſolemus dicere fruſtra honorariam actionem à Prætore poſtulare illum qui habeat ciuilem. l. 1. D. de publi. in rem act. Quod ſi pactum in continenti appoſitum, etiam illo caſu quo informat actionem bonæfidei, producit nihilominùs actionẽ præcriptis verbis. Quidni producet multo magis ſi adiectum ſit contractui ſtricto? Si quidem eo caſu actioni ex contractu ineſſe non poteſt, nec illam ſemper informare, quamuis ſemper inſit contractui, vt oſtendimus.

Tanto

Tanto enim facilius eſt, vt iure ciuili, aut prætorio inducatur actio aliqua, quãto magis neceſſaria illa eſt, ne alioqui nulla ſit ratio ſui iuris perſequendi, ſi actio deficiat, cuius vſum non alia neceſſitas induxit, quam vt haberet quilibet ius perſequendi in iudicio, id quod ſibi deberetur, l. nihil aliud 5 t. D. de oblig. & act. l. 2. §. Item Varus de aqua, & aquæ plu. arcend. Nec contrarium eſt, quod obijcis ex l. rogaſti 19. in fin. D. de præſcrip. verb. in cuius ſpecie ait Vlpianus actionem præſcriptis verbis competere: *Niſi merces interuenit quod ſi interuenit, ex locato eſſe actionem.* Quæ exceptio, inquis, falſa eſſet, ſi mercede quoque interueniente, & ita competente actione ex locato, etiam præſcriptis verbis ex pacto agendum eſſet. Non enim dicimus ex pacto in continenti adiecto in locatione agendum neceſſariò eſſe præſcriptis verbis; ſed dicimus agi tamen poſſe. Idq; melius & tutius eſſe, ſi dubitari poſſit an alia ex locato, aut quæcunque bonæfidei ſit, competat, l. ſi gratuitam 17. in princip. & d. d. l. Titius 24. in fine eodem titulo, non eſſe melius, ſi certum ſit competere actionẽ aliquam bonæfidei, & hoc ſatis apertè innuit Vlpian. in d. l. rogaſti in fin. cum ait melius eſſe in illa ſpecie præſcriptis verbis agi. Nam cum adijcit exceptionem: *Niſi merces interuenerit, nam ſi interuenit, ex locato eſſe actionem*, hoc ipſum ſignificat, eo caſu quo ex locato actio eſt, poſſe quidem etiam adhuc præſcriptis verbis agi, ſed melius eſſe, vt agatur ex locato, non eſſe melius, vt agatur ſtricta actione, quando alia plenior competit, quæ ſit bonæfidei. 41 42

Quanquam reſponderi etiam poteſt, quod verius videtur & rectius, ex contractu bonæfidei poſſe naſci actionẽ præſcriptis verbis, non ex vi, & natura contractus, neque vt id præſtetur, quod naturaliter in contractum venit, ſed tunc tantum cum contractui bonæfidei ſubiectum eſt pactum aliquod, & agitur ad pacti implementum, vt in d. l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. d. l. ſi conuenit 6. D. de reſcin. vendit. dict. l. ſi vir. vxori 12. D. de præſcriptis verbis Nihil autem tale eſt in ſpecie, d. l. rogaſti, §. 1. vbi ſi 43

merces interueniat,totum ipſum negotium,ex quo naſcitur actio,locatio eſt,non pactum locationi adiectum.Cæterum ſi locauero tibi fundum & in continenti conuenit inter nos,vt pro me Romam eas,dico poſſe me contra te, vt pactum impleas agere,non tantum ex locato , ſed etiã præſcriptis verbis , vt quod de actione ex vendito ſcriptum eſt in d.l.2 C.de pactis inter empt.& vend.obtineat etiam in actione ex locato , cum duo hi contractus non ſolũ ſint bonæfidei , ſed etiam iiſdem iuris regulis conſiſtant,l 2.in princip.l.item ſi pretio 20.§.vlt.D.locat.

44 Habes , mi Melchior , totam hanc meam de pactis in continenti adiectis ſententiam , fuſius ſanè, ac melius ni fallor,quam in rationalibus explicatam : multa enim cõtinet,quæ agnoſco ingenue mihi ante hanc diem incognita fuiſſe, & quæ fortaſſis , nunquam cognouiſſem , niſi ſubtiliſſimæ dubitationes tuæ ingenium acuiſſent meum, & ad meliora indaganda viam aperuiſſent.Quod ſi erunt eiuſmodi, vt probari tibi poſſint (abſit enim,vt te in verba mea iurare velim) tum vero magnum aliquit me aſſecutum putabo,& dignum,quod in hanc poſtremam Chiliadis meæ partem conferatur.

RESPONS. V.

Diſputatio contra Donellum in 5.exercitatione contenta probatur.

1 AD illa quæ ſubijcis de filiofamilias, qui iuſſu patris pecuniam mutuam accepit, nihil eſt, quod poſſim addere. Adeò diligenter , & erudite omnia cumulaſti,quæ contra Donelli ſententiam pro noſtra emendatione tuenda adduci poſſunt. Nec ſane dubito , quin Vlpiani locus ille in l. 3. §. ſed vtrum, D.de minor.valde ſit corruptus, ſi quis alius in libris noſtris, vt fuſiſſime docui in rationalibus.

2 Sed iam prolixior ſum, vt vides, quam epiſtolæ modus patiatur.Adeò difficile eſt,vt mihi temperem,quin ea ſua

nita-

uitate abutar, quam ex hac familiari tecũ per litteras collocutione percipio maximam. Ero poſt hac breuior, ſi per te licebit mihi omiſſis præfationibus ad ea reſcribere, de quibus iudicium meũ poſtulabis; etſi facile mihi perſuadeo, tanto iucũdiores tibi fore litteras meas, quanto prolixiores; vt ſunt mihi tuæ. Magnus ſanè ad ſuauiſſimam illam voluptatem, quam ex litteris tuis percipi, cumulus acceſſit, ex ijs quas à Clariſſimo Viro patre tuo habui elegantiſſimas, & penè incredibilis erga me propẽſionis, teſtificationẽ inſignes, dignas omnino quibus non mea, quæ nulla eſt, ſed Ciceronis, aut Salluſtij eloquentia pro me reſponderet. Ego quod verbis facere non poſſum, præſtabo libentiſſimè, omni officiorum, & obſequiorum genere, ſi qua in re dabitur teſtari poſſe, quantum me ſentiam vobis debere. Itemque nobiliſſimo viro D. Bareto; cuius ſingulari beneficio ſum aſſecutus, vt talium tantorumque virorum amicitia gloriari, & dulciſſimo iſto litterarum commercio frui poſſim. Benè vale, mi Melchior, & me vt facis ama. Ex Vrbe
Chamberij ante Idus
April. 1614.

ILLVSTRISSIMO

OPTIMO, ET DOCTISSIMO viro D. Antonio Fabro, Iuriſprudentiæ Principi, in ſummo Sabaudiæ Senatu Primario Præſidi.

Melchior de Valentia S. P. D.

SIMVL tibi, & de te ipſo cogitandi, & ad meas litteras reſpondendi otiũ fuiſſe, plurimi Illuſtriſsime Domine, facio, maximaſque tibi eo nomine gratias ago; debes tamen hoc amori meo, debes ſolicitudini: toto enim illo tempore, ex quo litteræ tuo ad me iam peruenire potuiſſe videbantur, non leui cura oneratum, triſtitiaque non mediocri affectum, earum me habuit intermiſſio. Non quod eam obliuioni, aut negligentiæ imputarem, quas tuum generoſiſſimum animum nunquam inuaſuras confido; ſed quod timerem, ne vel meis ad te litteris non perlatis, ingrati crimine reum iudicares; vel, quod magis abominabar, ne, non tam occupationum male, quàm valetudinis cauſa impeditus, à litterarum commercio ceſſaſſes.

Sed

Sed litteræ tuæ ante Id. April. datæ omni me liberarunt ſolicitudine, tuæque valetudinis iucundiſſimo nuntio hilarem, & alacrem reddiderunt dignæ equidem quæ, ſi fieri poſſet, etiam maioribus votis fuiſſent expetitæ. Quãtis enim, Deus bone, refertæ diuitijs, quantâ humanitate, & amore plenæ. Nunquam tu in mora es, Illuſtriſſime Domine, ſed ſi fuiſſes, ſatis ſolutio hæc vſuris luiſſet obligationem, nam vt Pindarus Olym. Od. 10.

Sed tamen ſoluere poteſt vſura
Celerem vituperationem hominum.

Pleniori enim ſtylo & benigniori manu me & docere, & ornare pergis, familiariuſque iam mecum veluti cum diſcipulo loqueris: itaque crede mihi, mi domine, nullum vnquam iucundius tempus tranſegi; acceſſit namque tuarum litterarum lectioni doctiſſimi, & illuſtriſſimi D. Anaſtaſij Germonij præſentis communicatio, & alloquiũ tuis omne rebus inſumptum. Nam dum deſiderio meo humaniſſimus vir libenter ſatisfacit, totam iſtam familiam nobiliſſimam erudiriſſimam, verè denique Fabrianam perluſtraui, voſque omnes præſentes intueri, & amplexari videbar, præcipuè tuum Philibertum Fabrum, cuius aſſertiones iuris in tanti iuuenis admirationem rapuiſſent, ni titulus ipſe retineret, Antonij Filius & auditor. Quid enim Antonij Fabri auditori difficile? Quid filio non poſſibile? Fortes creantur fortibus, doctrinaque vim promouet inſitam. Non dubito, ſenſere aduerſarij: quid mens rite, quid indolis nutrita patris ſub penetralibus poſſet; & terga vel manus dederunt victi. Fateor, mi Faber, inuideo Philiberto tuo, qui toto iſto fonte limpidiſsimarum iuris aquarum Iuriſprudentiam imbibit nullo errorum cœno turbatam, nulla falſæ opinionis miſtura infectam. Parce, mi domine, ſi in æſtimabili tuo iſto tempore abutor; tibi enim licet omiſſis præfationibus ad me ſcribere, mihi nec amor, nec affectio permittunt. Hæc enim rerum; vt cum amico loquor, cætera vt magiſtro, magiſtrumque & amicum publico & priuato nomine oro, vt communi Europæ vtilitati, tuæ doctrinæ flumina emittas, profer rationalium fecun-

 dam

dam partem , Errorum alſolue Chiliadem , & ſi poſſibile eſt, inter iſtos armorum ſtrepitus tu pacem iuſtitiamque edocet animuſque viciſſim.

> *Aut curam imponat populis, aut otia muſis;*
> *Nec tibi ſufficiat tranſmiſſe gloria vitæ*
> *Humanum curare genus, quis terminus vnquam*
> *Præſe ipſit ? Nullas recipit prudentia metas.*

EXERCIT. VI.

Pupillarem ſubſtitutionem à paterna inſtitutione diuerſam ei nunquam coaleſcere , & quibus caſibus hereditates patris, & filij ſeparari poſſint , ita vt vna agnita altera repudietur.

1 SEd dum tu publicam, ecce ego priuatam rem ago.& edoceri cupidus ad Magiſtrum accedo. Exemplum quod ex legatis attuli, ideò diſſimile eſſe ſcribis: quia cum teſtamentum ex inſtitutione vires accipiat , l. quod per manus, l.vlt.D de iur.codicil. conſequens eſt, vt vnicum teſtamétum vnicam inſtitutionem præſupponat: vnde cum teſtamentum patris & filij vnum eſſe obtinuerit, l.paterfamilias 28. D. de reb. auctorit. iudi. poſſ. l. patris & filij 11.D.de vulgar. neceſſario ſequitur paternam quoque , & pupillarem ſubſtitutionem vnicam indiuiduâque cenſeri, vt ita eadem ratio nõ minus inſtitutionum quam teſtamenti indiuiduitatem inducat.

2 Quod in legatis diuerſum eſſe ſcribis , ex quibus teſtamenti ſubſtantia non æſtimatur, hincque fieri, vt legatarius,cui duo legata relicta ſunt,alterum poſſit amplecti, alterum repudiare : heres autem qui inſtitutus ſit,nõ poſſit inſtitutiones ſcindere , & eiuſdem iudicij diuiſionem

3 facere. Ego vero ideò hæc ſimilia eſſe putaueram, quia nõ eiuſdem inſtitutionis eum, qui hereditatem filij repudiat, diuiſionem facere credidi , ſed eiuſdem iudicij teſtatoris, ex quo cum verum ſit nõ minus diuerſas circa duo legata quam circa duas hereditates diſpoſitiones deſcendere,

exemplo vſus ſum legatorum. A qua ſententia, ne adhuc diſceſſerim, illud facit, quod nondum filij ſubſtitutionem paternæ inſtitutioni accreſcere mihi perſuaſerim. Quamuis enim obtinuerit vnum eſſe teſtamentum, §. igitur Inſtit. de pupillar. l. patris & filij 20. D. de vulgar. & pupil. l. penult. D. quemad. teſt. aper. l. in ratione 11. § 5. D. ad leg. Falcid. tamen controuerſum, & diſputatum fuiſſe, diuerſaſque Iuriſconſultorum Sectas diuerſæ ſenſiſſe conſtat, l. paterfamilias 26. D. de reb. auctor. iudic. poſſ. quod euenire nō vtique potuiſſet, ſi vtraque inſtitutio pro vna haberetur: nam cum ex vnica inſtitutione vnicum eſſe teſtamentū neceſſario ratio iuris ſuadeat, d. l. quod per manus, D. de iur. codic. nullus Conſultorū de eo vnquā dubitaſſet, longèque difficilius diuerſa eſſe teſtamenta cenſuiſſet. Quod cum aliter eueniſſe certum ſit, non alia ratione fieri potuit, quam quia ſubſtitutionem filio factam diuerſam eſſe, & ſeparatam à patris inſtitutione decreuerunt, tamquam ſi ipſe filius ſibi heredem inſtituiſſet, §. igitur inſt. de pupil. 4

Nam cum numerus teſtium, ſubſcriptiones, ſubſignationes, & cæteræ ſolemnitates non aliter quam in vnico teſtamento interueniant, ſi vnica quoque cenſeretur inſtitutio, quis ambigendi locus relictus eſſet? Aut cuius rei intuitu teſtamentum patris, & pupillarem ſubſtitutionem Gaius, & Vlpianus duplex teſtamentum appellare potuiſſent in l. in duplicibus 79. ad leg. Falc. l. 1. §. 1. D. ſi cui pluſ quam per leg. Falcid. ſi quoad inſtitutiones, & ſolemnitates non duplex, ſed vnum eſſet? Exiſtimarunt ergo Conſulti diuerſas eſſe inſtitutiones, nec ſolū Proculeiani, ſed & Sabiniani ipſi, quibus vnum eſſe teſtamentum placuerat, d. l. paterfamilias 15. D. de priu. cred. aliàs 26. D. de reb. aut. iud. & quorum ſectam Iabolenus ſequebatur, l. 2. in fin. D. de orig. iur. idque, ni fallor, ſumma cum ratione, vt tam ex ipſorum reſponſis quàm ex tuis ſcriptis, qui mihi pro Papiniano, aut Iuliano es, comprobare conmēdam. 5 6

Nam cum inſtituere ſit ſucceſſorem ponere, collocareue in loco ſuo, vel ponendum collocandumue parare, non poſ- 7

poſſunt pro vna haberi inſtitutiones illæ , per quas in
duorum hominum locis, id eſt, duabus hereditatibus ſuc-
ceditur d.§.igitur,inſtit. de pupil. Quamuis enim ſucceſ-
ſor,vel inſtitutus vnus & idem ſit, inſtitutio tamen , vel-
ſucceſſio vna,duplexue , non ex heredis perſona, ſed te-
ſtatoris æſtimatur, l.hereditas 34. D.de adquirend. rerum
dom.l.non minus 31. D.de hered.inſtit.

8 Nec dici poterit ideò potius inſtitutionem paternam,
& pupillarem ſubſtitutionem in vnam coaleſcere , quia
ab vno eodemque teſtatore, nempè patre, factæ ſunt,l.2.
D.de vulgar. Etſi enim patri fuerit permiſſum liberis ſuis
impuberibus teſtamentum facere, ne qui per ætatem te-
ſtamentum condere prohibentur, §.præterea , inſt. quib.
non eſt permiſ.fac.l.qua ætate 5. D.qui teſtam.fac. poſ.l.
1.§.planè, D.de ſuis & legit. ad neceſſitatem inteſtati re-
digantur,quod damnoſum ipſis, & ignominioſum eſſet,l.
9 & quia 6.D.de inter.act. Tamen cum pater filio pupilla-
riter ſubſtituit,non ſuo, ſed filij nomine teſtamentum fa-
cit,vnde non ipſe,ſed filius inſtitutionem feciſſe videtur,
geſſiſſe enim intelligitur, qui per alium geſſit, l. 5. §. geſ-
ſiſſe, D. de adminiſt. & peric. tut.l 1.§.deieciſſe, D.de vi
& vi armat. vnde teſtatorum cauſa duo eſſe teſtamenta,
alterum patris , alterum filij docuiſſe Iuſtinianum in d. §.
igitur. verba illa confirmant : *Tanquam ſi ipſe filius ſibi he-
redem inſtituiſſet.*

10 Ideòque ſubſtitutionem pupillarem, etſi à patre ita fa-
ctam, *Si filius meus intra pubertatē deceſſerit , Seius heres eſto,*
putam tamen inſtitutionem eſſe docet Vlpianus in l. qui
liberis 8.in princ. D.de vulgar. quia inſtitutio heredis ab
illis tantummodo verbis incipit, *Seius heres eſto*, quæ omne
teſtamentum filij continent, l. 1. §.qui neque, D. de her.
inſtit.& cum à filio prolata videantur,conditionem illam;
Si filius meus intra pubertatem deceſſerit, habere non poſſunt,
quam inſtitutionem ipſam præceſſiſſe certum eſt , & non
tam factæ inſtitutionis conditionem eſſe,quam faciendæ,
nec tam effectum inſtitutionis,quàm initium ſuſpendere.
Non enim ſub ea conditione, pater ſubſtitutum vocat

Si

Si filius impubes deceſſerit, ſed teſtatur ante illum euentum teſtamentum filio facere noluiſſe, quia nec potuit. Vnde 11
in Decad.32.error.9.rectè infers,ex pupillari expreſſa nõ induci tacitam vulgarem,ne ex filij inſtitutione heredem pater accipiat,& ſicut pater filio,ita filius patri teſtamentum facere videatur.

Quod etſi abſurdum ſit, ſi duas eſſe inſtitutiones fa- 12
teamur,vt toto illo errore docuiſti,tamen ſi,vt nunc ſcribis,in vnam & indiuiduã coaleſcere conceſſerimus, nihil iuris rationi contrarium inducemus. Nec enim erit abſurdum ſi ex propria & indiuidua inſtitutione pater habeat heredem,& conſequenter non filius patri,ſed pater ſibi ipſi teſtamentum condidiſſe videatur. Vereor itaque Illuſtriſſime domine,ne dum vnam eſſe inſtitutionem,affirmamus, omnia ea quæ de tacita vulgari ex pupillari expreſſa non inducenda,ex te didici,aliquantulum eneruari videantur.

Quæ cum mihi veriſſima ſemper viſa fuerint, inſtitu- 13
tiones has,quas diuerſas eſſe dicebam,non poſſe in vnam & indiuiduam coaleſcere probare pergam,idque ex te ipſo,quem ſemper Iuris Magiſtrum agnoſco. Pupillari ſubſtitutioni articulum *tunc* adijci ſolitum apparet ex princ. inſtit. de pupil. l.1. D.de vulg.& pupil.l.ſi ita ſcriptum 8 §.qui filio,D.de bon.poſſ.ſec.tab. Qui cum extremitatem temporis denotet,l.4.D.de condit. & demonſt. inſtitutio hæc non ſub conditione nunc facta videri poteſt, ſed pure tunc fieri,cum filius intra pubertatem deceſſerit,vt ſic eo tempore fiat, quo fieri ius patri permiſit; adeò vt filio impuberi,ita ſubſtitutus *ſi filius impubes deceſſerit*, ante impuberis mortem,nec ſub conditione, nec vllo modo inſtitutus cenſeatur.Vt etiam in formula Gallij Aquilij con 14
tigit, in qua nepos poſthumus ita inſtitutus: *Si filius meus me viuo morietur, tunc ſi quis mihi nepos, ſiue qua neptis, &c. natus, nataue erit, heredes ſunto*, non antea inſtitui videtur, quàm filius fuerit de medio ſublatus,ne alioqui eueniret, vt veluti extraneo poſthumo herede inſtituto, inſtitutio nullius eſſet momenti,princip.Inſt,de bonor. poſſ. atque

ideo

ideò Galli Aquillij conſilium effectum ſortiri non poſſet.
Quod ſi ita eſt, vt fateri neceſſario oportet, quomodo in
reſponſo Neratij in l. qui patri §9. D. de adq. her. vbi pu-
pillariter filio patrem ſubſtituiſſe proponitur, poterit pa-
ternæ inſtitutioni, quæ iam vires acceperat & cõſtiterat,
inſtitutio illa coaleſcere, quæ ante pupilli mortem nõ ſo-
15 lum attendi, ſed nec facta quidem videri poteſt? Nec dif-
ficultatem euadet ſi quis dixerit, pupillarem ſubſtitutio-
nem poſtquam moriente filio initium acceperit, retrota-
hendam eſſe, vt paternæ poſſit iungi, & ſimul in vnam &
indiuiduam inſtitutionem coaleſcere. Nam cum, vt ſupra
retulimus, ex d. l. qui liberis 8. D. de vulgar. non ſub con-
ditione ſubſtitutio à patre facta ſit, ſed ex conditione, re-
trotrahi nullo modo poterit, ne eo tempore facta videa-
tur, quo ſi fieret, inutilis, & inualida fuiſſet, vt eleganti
exemplo eius, quod ſcriptum eſt in leg. ei qui ſoluendo
88. D. de hered. inſtit. lib. 9. Coniecturarum cap. 1. ſcri-
pſiſſe te memini.

16 Nec tanti debet eſſe vnicum Neratij reſponſum in d. l.
qui patri, vt eo tãtum adducti, pro vnica & indiuidua, in-
ſtitutiones has haberi affirmemus, quas diuerſas eſſe, &
ſeparari rectè poſſe, plurimæ aliæ Iuriſconſultorum au-
ctoritates teſtantur, ſed ne omnibus ſpeciebus enumeran-
dis immoremur, verũ eſſe exiſtimauerim duobus caſibus
exceptis poſſe ſemper heredem patris filio ſubſtitutum,
hereditates diuidere, & alteram amplecti, alteram repu-
diare. Vnus eſt cum qui ſolus heres inſtitutus eſt in te-
ſtamento paterno idem filio ſubſtitutus eſt. Alter vero ca-
ſus cum filio patri herede exiſtente iuncta cœpit eſſe he-
17 reditas. Primo caſu repudiare paternam hereditatẽ ideò
ſubſtitutus non poteſt, quia teſtamento patris deſtituto, &
conſequenter infirmato, tabulæ quoq; pupillares euaneſ-
cunt, quæ ex eius viribus pendent, l. 2. §. adeò, l. ſed ſi plu-
res 10. §. ex aſſe, D. de vulg. & pupil. vnde ex illis heredi-
18 tatem adiri non poſſe certũ eſt. Secundo vero, quia here-
ditate paterna à pupillo agnita in vnam & indiuiduã cum
eius hereditate coaleſcit, leg. ſed ſi plures 10. §. filio, D. de
vulg.

vulg.l.pate familias 13 D.priuileg.eredit. vnicam autem hereditatem ſeparare heredem non poſſe cõſtar, nec partem adire,partem repudiare,l.1.& 2. D.de adquir. hered. Adeò vt licet pupillus fuerit abſtentus, ſubſtitutum tamé non poſſe hereditatem patris ſeparare, reſponſum fuerit in d.l.paterfamilias. Cui non obſtat,lex Iulianus 42.D.de adqui. hered. reiecta enim Cuiacij interpretatione lib.3. quæſt.Papinia.in l.12.D.de vulg. rectiſſimè doces de err. pragm.Decad.32.err.1.notam illam Marcelli ad Iulianũ, quæ in d.l.42.refertur, non tam Marcellum,quàm Tribonianum æquitatis prætextu iuris rationem ſubuertentem 5
redolere.Excipe hos caſus,ſiue heres patris hereditatem 19
omittere , filij autem agnoſcere velit,ſiue è contra patris agnoſcere, filij repudiare, vtrumque ei facere permiſſum eſt. Nam ſi duo à patre heredes fuerint inſtituti, quorum alter filio ſubſtitutus ſit Marcellus ad Iulianum notat, & ipſe Iulianus ſcripſerat poſſe eum, qui filio ſubſtitutus eſt ſine metu onerum paternorum impuberis hereditatem amplecti, l. quæſitum 40. D. de adquirend. heredit. l. ita tamen 27.§.qui ſuſpectam,D.ad S.C. Trebel. Atqui ſi inſtitutioné paternam, & filij ſubſtitutionem in vnam coaleſcere verum eſſet, diſtinctioné illam Marcelli, an à patre heres inſtitutus, idemque filio ſubſtitutus coheredem habeat,an inſolidum ad hereditaté vocatus ſit, quam Vlpianus elegantem eſſe ſcribit, falſam eſſe dicendũ fuiſſet, cum etiam coherede dato ex pluribus partibus heres inſtitutus nõ poſſit vnius teſtatoris inſtitutioné diuidere, & partem agnoſcere, partem repudiare, l.ſi ſolus 80. D. de adq.her.Quod ſi veram eam & elegantem tantorum Iuris Conſultorum auctoritate adducti cõceſſerimus, fateamur neceſſe eſt non minus diuerſas eſſe has inſtitutiones , quã
hereditates,& perſonas,quæ per eas repræſentãtur. Hinc 20
colligi iam illud poteſt, quod initio ſuſcepi probandum, Sabinianos ipſos, qui teſtamentum patris & filij pro vno haberi affirmarunt, d.l patris & filij 20. D.de vulgar. d.l. paterfam.13. D.de priu.cred.aliàs 28.D.de reb.aut.iudic. poſſid. duas eſſe inſtitutiones exiſtimaſſe. Nam Iulianus

Sabi-

Sabinianus fuit, cum Iabolenum Sabinianæ Academiæ ſectatorem magiſtiũ agnoſcat, l. 5. D. de manumiſ. vindic. & tamen in d, l. ita tamen. §. qui ſuſpectã, D. ad S. C. Trebel. ea ratione docet heredem filio ſubſtitutum, & de hereditate reſtituenda grauatũ, ſi ſuſpectam dicat patris ſucceſſionem, non tamen ideò pupilli hereditatem reſtituere compellendum: *Quia potuit coherede adeunte, quamuis ipſe patris omiſiſſet hereditatem, ex ſubſtitutione adire.* Quæ equidem ratio diuerſas eſſe inſtitutiones præſupponit.

21 Sed iam ad illam ſpeciem, quæ ſola reliqua eſt, tranſeamus, in qua à patre heres inſtitutus eius hereditatem amplectitur, pupillarem vero admittere recuſat. Quod cum ex tua ſententia minimè heredi concedatur, ex Pauli tamen reſponſo in l. 5. §. qui principale, D de his quæ vt indign. permittitur, verba Conſulti ſunt: *Qui principale teſtamentum arguit, & à ſecundis tabulis repellendus eſt, item à codicillis ad teſtamentum factis, licet non confirmatis. Non idem ſequendum eſt, ſi ſecundas tabulas, vel codicillos coarguit: quia non vtrumque hoc caſu improbaſſe videtur.* Non igitur paterna, & pupillaris eadem inſtitutio eſſe cenſentur, ita vt qui paternam agnouit, pupillarem quoque inuitus admittere compellatur. Si quidem Paulus ſcribit eum, qui pupillarem ſubſtitutionem non repudiat tantum, ſed impugnat, à teſtamento patris minimè ſubmouendum, quia non vtrumque hoc caſu improbaſſe videtur.

22 In prima enim huius §. parte non ideo qui principale teſtamentum coarguit, pupillarem quoque ſubſtitutionẽ improbaſſe dixit Conſultus, quia paternæ coaluiſſe exiſtimarat. Sed quia is qui ſcit patris teſtamento deſtituto pupillares quoque tabulas corruere, d. l. 2. §. adeò, d. l. ſed ſi plures 10. §. ex aſſe, D. de vulgar. & tamen teſtamentum patris oppugnat, cum vtrumque deſtruere voluerit, vtrumque impugnaſſe videtur. Quæ ratio facit, vt ſi non ſolus in teſtamento paterno, ſed cum alio quis heres inſtitutus ſit, diuerſæ reſponſum fuerit in d. l. quæſitũ 40. l. 1. de adquir. her. & in l. ita tamẽ 27. §. qui ſuſpectã, D. ad S. C. Trebel. Hoc enim caſu, cum coherede adeũte teſtamentum patris

con-

confirmari poſſit, & conſequenter tabulæ pupillares vires accipiant, l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus ad Senatuſconſultum Trebellianum. Qui partem ſuam repudiat, non tam teſtamentum euertere, quod ſcit repudiatione ſua non deſtituit, quàm ſibi proſpicere voluiſſe videtur, ideòque ad ſecundas tabulas admittitur. Nec obſtat, dict. lex ſi plures 10. §. ex aſſe, D. de vulgari, vbi coheres filij, ipſi ſubſtitutus non poteſt hereditatis paternæ portione omiſſa filij hereditatem amplecti: cum tamen conſtet ſui heredis exiſtentiam, non minus quam extranei aditionem, teſtamentum patris, & ſecundas tabulas confirmare. Nam reſpondetur, alia & diuerſa ratione id à Iuriſconſulto reſponſum fuiſſe, nimirum, quia pars repudiata pupillo coheredi accreſcit, & eius hereditati iungitur, cui in vnum corpus commiſta repudiari pro parte non poteſt, vt ſupra ex d. l. 10. §. filio, referebam. 23

Nec exemplum militis heredem Titium in paganicis bonis, Semproniũ autem in caſtrenſibus inſtituentis ſententiam mutare compellit. Fateor enim poſſe militẽ duas, ac veluti duorum hominum relinquere hereditates, l. ſi certarum 17. §. 1. D. de teſtament. milit. adeòque vt in illis non ſit locus iuri accreſcendi, ſed vt deficiens portio venientibus ab inteſtato deferatur, l. ſi duos 37. D. de teſtament. milit. l. filius 41. §. caſtrenſium, aliàs §. Papinianus, D. de bon. libertorum, l. 1. & 2. C. de teſtam. milit. efficiente id nimirum priuilegio militari, quod pro parte, tam rei quàm temporis, teſtatum & inteſtatum militem decedere permittit, d. l. ſi duobus 37. l. miles ita 41. D. de teſtament. militis. 24

Sed cum ita fuerit cõſtitutum non ex ratione iuris, ſed ex ſingulari priuilegio cõtra rationem iuris, l. 1. l. 2. & toto titulo, D. de teſtam. milit. facile, vt noſtri loquuntur, ad ius commune fit regreſſus, & duæ iſtæ militis hereditates pro vna habentur, vt reuera ſunt, priuilegio militari ceſſante. Quod accidit, ſi vel miles priuilegium excluſerit & altero omittente, ad alterum totam redire voluerit hereditatem, d. l. ſi duobus 37. vel ſi damnum tertij alicuius priuile- 25

uilegio locum negauerit, cuius proprium eſt, ne cum alterius iniuria conferatur, l. ex facto 43. D. de vulgar. & pupil. l. 2. §. merito, & § ſi quis à Principe, D. ne quid in loco publico, cum alijs: vtrumque autem in d. l. ſi certatum 17. §. 1. D. de teſtament. militari concurrit, nam ſi vel caſtrenſia bona, vel pagnica ęri alieno, quod ex ea cauſa pendet, non ſufficiant, & licitum fuiſſet heredi ex altera parte inſtituto, partem deficientem repudiare, maximum creditoribus, quibus illa bona non ſufficiunt, damnum accideret, & miles in ea parte ſine herede decederet, nemine venientium ab inteſtato damnoſam hereditatem adire volente. Quis enim hereditatem ideò repudiatam, quia æri alieno non ſuffecerit, adire velit, & ſe creditoribus obligare, oneribuſque hereditarijs adſtringere?

26 Voluntas itaque militis heredem, & ſucceſſorem habere cupientis, ſimulque creditorum damnum fecerunt, vt in d. l. ſi certatum, §. 1 nó ex priuilegio militari, aut ſingulari iure, ſed ex communi, & recepta iuris ratione, coaleſcant duæ illæ inſtitutiones in viam, & diuerſæ illæ indiuiduam conſtituant hereditatem, cum vnius hominis perſona per eas repræſentetur. Quod in noſtro caſu diuerſum longè eſt, in quo ipſa Iuris communis ratio indiuiduitati hereditatum, & inſtitutionum coniunctioni repugnat. His igitur rationibus adductus diuerſas eſſe has inſtitutiones, adeòque vt nunquam in vnam coaleſcere poſſint, exiſtimaui, nec aliam in illis indiuiduitatis cauſam inueniri credidi, quàm quod ex vnius hominis iudicio, & voluntate deſcendant: quam cum etiam in legatis eſſe animaduerterim, eoque magis, quod vnico ſine controuerſiâ teſtamento relinquuntur, exèmplo legatorum vſus fui, vt comprobarem duas circa diuerſas res diſpoſitiones, quamuis ex vnius hominis iudicio originem habuerint, rectè tamen poſſe diuidi, vnaque agnita, alteram repudiari.

(?)

RES-

EXERCIT. VII.

Aduerſus Anton. Fabri ſententiam de pactis contractibus ſtrictis iuris adiectis obiectiones aliqua, & de cohærentia contractus, & pacti.

SEd iam, Illuſtriſſime domine; ad ſecundam tuarum litterarum partem accedo, in qua quæſtionem de pactis in continenti appoſitis adeò mirabiliter, tuo more, explicuiſti, vt mihi, eſſem etiam ſi Vlpiano doctior, tamen tibi, qui Papinianũ ipſum excellis, manus dare honorificũ, & glorioſum futurum ſit. Quid enim maius ambire potuiſſem, quàm à te edoceri, Iuriſprudentiæ noſtræ, fremant licet omnes tyranni, Principe. Velim itaque vt ſi quando ſententiæ ſtatim tuæ non acquieuero, non tam contendendi ſtudio, quam diſcendi auiditati tribuas. Exẽplum eſto hæc noſtra de pactorum vi diſputatio, in qua contrariæ opinionis aſſertor ecce in tuam ſententiam libens tranſeo, quam rationi & æquitati conuenientem agnoſco. Sed reſtant in huius diſputationis progreſſu aliqua, ni fallor, offendicula, quæ retrocedere fortaſſis me feciſſent, ni finem tuæ ſententiæ, & ſcopum attendens, in via aliquando ſaltuarim proceſſiſſem.

Primum illud eſt, quod ineſſe contractibus, & ineſſe iu- 1
dicijs, adhuc idem eſſe mihi videntur: ea enim pacta, quæ in l. Iuriſgentium 7. § quinimmo, D. de pactis, Vlpianus ſcripſerat iudicijs ineſſe, Papinianus in l. pacta conuenta 72. D. de cõtrah. empt. contineri contractu, & ineſſe dixit. Vnde fit, vt vel Vlpianum iudicia pro contractibus accepiſſe, vel conſequentia hæc & ſynonyma eſſe, pactum ineſſe contractui, & pactum ineſſe iudicio dicendum arbitrer. Si enim etiam vt tu fateris pactum ineſſe contractui 2
eſt partem ipſius contractus effici, neceſſario ſequitur, vt & iudicio inſit, & actionem formet, ne alioqui actionẽ ex contractu naſci verum non ſit, ſi non ex ſolido contractu, ſed ex eius parte naſcatur, argumento textus in l. rectè dicimus 25. D. de verbor. ſignificat. Ineſt enim ita pa-

ctum contractui, vt quamuis eius pars efficiatur, tamen non ſeparatam, aut diſcretam, ſed inſitam, immiſtamque partem eſſe verum ſit: vnde euenit, vt contractus & pactũ
3 idem, & indiuiduum corpus efficiant. Nam cum ea res, quæ alteri ineſt, ei etiam immiſceri dicatur, l. Imperium, D. de iuriſdict. omn. iudic. quæ autem miſtæ ſunt, vnum corpus efficiant, l. adeò 7. §. voluntas, D. de adquir. rer. domin. Pactum quod contractui ineſſe Conſulti ſcribunt, d. l. 7. §. quinimmo, D. de pactis, d. l. Pacta conuenta 72. D. de contrahend. empt. contractui immiſtum, vnicum con-
4 ſtituere corpus præſupponunt. Præſertim, quia cum bonæfidei contractus maximè ex eadem materia conſtent, ex qua & pacta conſiſtunt, conſenſu ſcilicet, princip. Inſtit. de obligat. ex conſenſu, l. 1. & 2. D. de pactis. Quãuis pactum non miſceri, ſed contractui iungi dicamus, tamen veluti ferruminatione iunctum fuiſſe dicendum erit, quæ per eandem materiam facit confuſionem, l. in rem 23. §. item quæcunque, D. de rei vindic. Hinc iam apparet indiuiduitatem hanc corporis, quæ ex immiſtione pacti, & contractus reſultat, indiuiduam etiam actionem productutam quæ tam ex pacto, quàm ex contractu competat, non iam ex pacto, vt pacto, aut ſeparata aliqua re à cõtractu, ſed vt ex parte indiuiſa eiuſdem, & indiuidui corporis: ſemper enim abſurdum illud fugiendum, ne ex pacto actio naſcatur, quod vt Conſulti vitarent, ineſſe pactum contractui ſcripſerunt, vt ſic non ex pacto, ſed ex contractu actionem ortam fuiſſe, etiamſi ad pactum extenderint, animaduertamus.

5 Nec ex his ſequitur, quemadmodum pactum tranſit in contractum, ita etiam contractum in pactum tranſire, vt tu Illuſtriſsime domine, exiſtimas inferri poſſe: nam cum res aliqua alteri ineſt, quamuis vnicum corpus efficiant, tamen principaliori rei minorem accedere, & Conſulti ſcribunt, & Philoſophi docent, vt in brachio ſtatuæ iuncto, & ſimilibus exemplis obſeruari videmus, d. l. in rem 23 §. ſed & id, D de rei vindic. Si igitur pacta quæ inſunt,
6 in contractũ tranſeunt, & indiuiduum corpus conſtituũt,

ex

ex hac autem indiuiduitate ſequitur, vt actio ex contractu ad pactum extendatur, l. ſi in emptione 3. l. fundi 79. D. de contrahend. emp. rectè id quod ſuperioribus literis volui, infertur, ineſſe iudicio, ineſſe cõtractui, & formare actionem, conſequentia, & ſynonyma eſſe, vnoque eorum poſito neceſſario alterum ſequi, cum nõ aliàs poſſit actio ad pactum extendi, quam ſi per pactum formetur, nec aliter formari quam ſi pactum, & contractui inſit, & iudicio. Ideòque in contractibus bonæ fidei, quibus pacta ineſſe certum eſt, euenit vt nullum pactum contractui inſit, quod & actionem non formet, nec vllum formet actionem, quod prius contractui ineſſe non conſtiterit.

Vnde cum & ratio iuris, & contractuum bonæ fidei exemplum, conſequẽtia hæc eſſe euincere videantur, non poterit contrarium argumentũm ex contractibus ſtricti iuris deduci, in quibus facilius eſſe, alicui forſã videbitur, vt qui actionem non formari per pactum ſcribas, nec pactum contractui ineſſe fatearis (de qua quæſtione dubitatur) quam vt ea, quæ in contractibus bonæ fidei ſine controuerſia vera ſunt, ideò conſequentia eſſe negemus, quod in contractibus ſtricti iuris diuerſæ obſeruari contendas. 7
In quibus ea potiſſimum ratione actionẽ per pactum non formari crediderim, quia cum repugnante ſtricta natura contractus pactum ei coniũngi nõ poſſit, nec eius immiſceri ſubſtantiæ, pars eius effici, & in contractum tranſire non poteſt. Hincque fit, vt actio ex contractu orta ad pactum non extendatur, ſimiliterque, vt præſcriptis verbis agi non poſſit, ne alioqui ex pacto nudo, nec cohærentia contractus munito, actionem concedamus contra textum in d. l. 7. §. quinimmo, & ſeq. D. de pactis. Niſi forſan euenerit, vt per pactum ſubſtantia prioris cõtractus immutetur, & in aliud negotium tranſeat, ex quo vſitatis nominibus actionum deficientibus, præſcriptis verbis agendum ſit, l. 1. 2. & 3. D. de præſcrip. verb. Quod ſicuti in l. legem 9. & in l. cum res 22. C. de donat. ita etiam, & in l. vlt. C. de rerum permut. quam pro tua ſentẽtia adducis, accidiſſe exiſtimo, ipſaque legis verba me in hanc ſententiam manu

ducunt, ex quibus apparet, donationem fuiſſe per pactum
extinctam, & tranſijſſe in conuentionem quandam incer-
10 tam. Docent enim ſu per non conuentionem donatione
muniri, ſed *rebus proprijs*, id eſt qualitatibus, quæ totum
hoc negocium in contractum transformant innominatũ:
nam ſi pactum contra naturam donationis (quale illud
eſt de quo in d. l. vlt. C. de rerum permutat. tractatur ar-
gum. l. hoc iure, §. Labeo, & §. fin. D. de donat.) donationi
adiectum, fuiſſet cohærentia munitum, ſubſtantiam pacti
rebus proprijs muniri dici non poſſet, cum ſicut tale pa-
ctum contrarium eſt donationi, ita & donatio pacti huius
naturæ aduerſetur, nec eius proprium quiddam videri
poſſit. Extinxit ergo pactum illud contra naturam dona-
tionis adiectum, ipſius donationis ſubſtantiam, & ex re
tradita initium obligationi præbuit. Ideòque rebus pro-
prijs muniri dicitur, cum donatione firma remanente, re-
bus alienis, donatione ſcilicet, confirmati verius eſſet.
11 Hæcque ſecunda obiectio ſit, quam pro ſuperiore
mea opinione tuenda contra tuam ſententiam adduci
poſſe rectè tu, Illuſtriſſime domine, præuidiſti, vt ex tuis
litteris apparet, ſtatim enim ab exemplo donationis qua-
ſi non ſatis apto ad mutuum tranſis, in quo ſi pactum in-
teruenerit non de maiori pecuniæ ſumma præſtanda, ſed
vt aliquid fiat. Quæris an contractum mutui per pactum
immutatum exiſtimem? Nam ſi affirmauero, vt velle tibi
videor, abſurdum illud ſequi ſcribis, quod nemo vnquam
ante me dixerit, vt ad mille mutuo data repetenda non
condictione ex mutuo, ſed actione præſcriptis verbis a-
gendum ſit. Ego autem interrogationi tuæ ſic reſpondeo:
12 Nunquam exiſtimaui contractum mutui per pactum im-
mutari, ſicut donatio immutatur, l. vbi ita donatur 27. D.
de donat. cauſ. mortis, dict. l. legem 9. l. cum res 12. C. de
donat. ſed pactum illi adiectum nullius eſſe momenti;
ideòque obligationem aliquam ex eo naſci, vel actionem
aliquam ad id, quod pacto comprehenſum eſt, compete-
re, cum Iuriſconſulto in l. ſi tibi 17. D. de pactis negaui:
quod non vtique facere potuiſſem, ſi in contractum in-

nominatum mutuum transformatum fuiſſe credidiſſem,
hoc enim caſu actionem præſcriptis verbis neceſſario cō-
cederem,non ad pecuniam repetendam,quod in mentem
venire non potuiſſet,ſed vt id quod geſtum eſt,obſeruare-
tur , l. naturalis 5. § & ſi quidem , & §. at cum do. D. de
præſcriptis verbis.Naſcitur enim ex contractu innomina-
to vel ciuilis actio in hoc quod mea intereſt, vel ad repe-
tendum condictio. Vt autem ita ſentirem, verba Pauli fe-
cerunt in dict. l.ſi tibi 17. generaliter nō naſci obligatio-
nem ſcribentis, ita vt nec condictionem certi ex mutuo,
nec actionē præſcriptis verbis,vltra id quod datū eſt, cō-
petere præſupponat. Nam ſi non naſcitur obligatio , nec 13
actio vlla produci poteſt , quæ ſemper præſupponit obli-
gationē,l.licet 42. §.ea obligatio,D.de procur. Nec obli-
gationem ea ratione ceſſare crediderim,quia odio vſura-
rum denegetur. Quamuis enim ea omnia,quæ de fœnoris
prohibitione ſcribis, veriſſima ſint, ad eam tamen confu-
gere , non ex tuo more eſt , Illuſtriſ. domine. Præſertim
cum verba Pauli generalius quid exprimant,quod ad om-
nes ſpecies , etiam vbi nullum odium vſurarum inueniri
poſſit, pertinere verum ſit. Ait enim : *Si tibi decem dem, &*
paciſcar, vt mihi viginti debeantur , non naſcitur obligatio vl-
tra decem,huiuſque deciſionis rationem illā reddit ad pro-
priam naturam contractus pertinentem:*Re enim non poteſt*
obligatio contrahi , niſi quatenus datū fuerit. Ex qua rectè de-
ducitur,vbicunq. mutuum contractū fuerit ea lege,vt ali-
quid extra quàm datū fuit,reddatur vel fiat,obligationem
vltra id quod datū eſt non oriri,ſiue fœnus ſit,ſiue quid a-
liud.Hincq;fit,vt ſi tibi mille mutuauerim eo pacto in cō- 14
tinenti appoſito,vt pro me Romā eas, & in hac ſpecie ad
mille repetenda, quā actionem concedendā ſenſerim ro-
ges.Reſpōſurus ſim cōdictionē ex mutuo. Quod ſi vrgeas
qua igitur,vt Romam eam cōpellas?Reſpondebo, nulla id
actione effici poſſe, quia pactum illud inualidū fuit, & in-
efficax,nec aliquam produxit obligationem: mutui enim
ea natura eſt, quæ omne pactum excludat,& re nunquam
obligatio contrahi poteſt,niſi quatenus datum fuit.

15 Præſertim quia ſi odio vſurarum effectum doces, vt ad viginti ex pacto nõ detur actio, eadem etiam ratione nec ad facti implementum dabitur, cum facta pecunia æſtimẽtur, l. ſtipulationes non diuidũtur 72. D. de verbor. oblig. & qui Romam ire pactus eſt, tantam pecuniam promiſiſſe videatur, quanta Romam ituro dari ſoleret: vnde tale pactum vſurarium eſſe rectè Partol. & cæteros docuiſſe in l. rogaſti, §. ſi tibi, D. de reb. credit. exiſtimo.

Hæc nunc ſeſe offerunt, quæ aduerſus tuam elegantiſſimam diſputationem excogitari poſſe videantur, eaque ad te ſcribo, non quod à tua velim opinione recedere, ſed vt ſi hac fortaſſis aduerſarij impetũ fecerint, quomodo reprimendi ſint, à te Duce ipſo diſcam. Ne dubita, mi Faber, generet licet Germania hoſtes, tua ſigna nõ deſeram, ſed quem à te diſcipuli locum accepi, Hiſpana defendam fortitudine. Noli itaque tu in aciẽ prodire: ſatis enim & ratio iuris, & tuarum opinionum auctoritas pro te dimicant: ſecurus itaque vt facis, garrulitatem hominum contemne, nam vt Pindarus Olymp. Od. 2.

Vehementes
Garrulitate, velut corui
Fruſtra clamant,
Iouis aduerſus auem diuinam.

EXERCIT. VIII.

De libertate antiquo iure ex ſola inſtitutione non inducenda pro Antonio Fabro contra Oſualdum.

1 SED vt videas qualia ſint, quæ aduerſus te vociferantur, & quam facile moleſti eorum crocitus fugari poſſint, quamuis maioribus rebus intentus, pauliſper tamen attende. Ais tu, Illuſtriſſime domine, Iuriſprudentiæ Papinianeæ tit. 6. princi. 6. illatione 2. Iure veteri non aliter ſeruo heredi inſtituto libertatem competere,

quam

quam ſi expreſsè data fuerit à teſtatore, quia cum libertas æſtimabilior, & principalior ſit hereditate, nō poteſt eius eſſe acceſſorium. Ideòque contra antiqui Iuris rationem à Iuſtiniano introductum in l. penult. C. de neceſſ. ſeru. hered. inſtit. & in §. idemque iuris, Inſt. quib. ex cauſ. manumit. non lic. vt ex ipſa ſcriptura inſtitutionis etiam libertas ſeruo competere videatur.

Sed reſponſum hoc contra Iuſtiniani conſtitutionē à te redditū verbis in pudētibus reprehendit Oſuald. in Donello, Enucleato lib. c. c. 17. in not. lit. F. verum nedum eo digna loquimur nobis indigna dicamus, rationes tantū iuris, quibus ille nititur conſideremus. Nec lōgus labor, duæ enim tātum, altera ex proprio ingenio, altera ex eadem illa conſtitutione Iuſtiniani deſumpta. Prima illa eſt principaliorem eſſe libertatem, id eſt meliorem dignioréque, non tamen ita, vt hereditatem tāquam acceſſorium ad ſe trahat, imò hereditatem præſtantiorem eſſe, cum liber fiat ſeruus propter hereditatem, non heres propter libertatē, nec obſtare quod pretioſior ſit libertas, cum principale aliquid, an acceſſorium ſit, non ſemper æſtimetur ex pretio: nam & ædificiū magnifice extructum vbi cedit areæ, & fideiuſſoria obligatio, quamuis dignior ſit, naturali accedit. 2 3

Sed miror obliuionem hominis tam malè acceſſionis iura huic noſtræ quæſtioni accommodantis, debuerat enim animaduertere quaſdam res ſic alijs iungi, vt in his tanquam in ſubiecto conſiſtant, ac ſine illis eſſe non poſſint, vt ædificium areæ, ſcripturam chartæ: quaſdam vero cum poſſint per ſe conſiſtere, alijs iunctas, nihil aliud quā eiuſdem corporis additamentum haberi, vt per adijcitur fulcro lecti, brachium ſtatuæ. In prioribus autem ſine vlla diſtinctione à ceſſione concedi, eamque rem, quæ ſine altera conſiſtere poteſt, præſtantiorem eſſe, & alteram ad ſe trahere, l. in rem 23. §. ſed & id, D. de rei vind. illā vero, quæ per ſe non conſiſtit, inferiorem eſſe, ideòque ſemper alteri cedere. In poſterioribus diſtinctionem adhibédam, vt res quæ maior ſit, & præſtātior eſſe videatur, quòd 4

ſi eiuſdem magnitudinis vtraque fuerit, pretioſior alteri p æqualebit, eamque vt minorem ad ſe trahet, l. quidquid
6 27. §. vlt. D. de adquir. rer. domin. l. in rem 23. §. ſi quis rei ſuæ, D. de rei vindic. l. cum aurum 19. § peruenia mus, D. de auro & argen. leg. Quod cum ita ſit, & libertas ſeruo relicta ſine hereditate rectè conſiſtat, l. qui filio 38. §. ſeruus, D. de heredibus inſtit. hereditas autem ſine libertate eſſe non poſſit, l. quoties 9. §. fin. D. eodem tit. Nonne libertas principale eſt, hereditas autem acceſſorium, ita vt quàuis ditiſſima, libertati tamen debeat accedere, ſicut ædificium areæ, pictura tabulæ, §. cum in ſuo ſolo, Inſtit. de rer. diuiſ. l. adeò, § ex diuerſo, D. de adquir. rerum domin. fideiuſſoria obligatio naturali? Debuerat itaque Oſualdus ipſiſmet à ſe adductis exemplis admoneri libertatem non ſolum præſtantiorem eſſe, quia pretioſior, ſed quia tanquam ſubiectum eſt, ſine quo hereditas eſſe non poſſit.

7 Quæ iuris ratio fecit, vt vix aliquem Conſultorum inueniamus, qui de hac quæſtione tractans libertatem ſerui inſtitutionem præcedere debuiſſe nõ cenſuerit, veluti hereditatis ſubiectum, ſine quo eius datio futura eſſet inutilis. Vlpianus enim in l. quoties 9. §. ſi quis ita, & §. ſeruus ſcribit: *Seruus cum libertate heres inſtitutus*, in l. ſeruum 50. *Seruum meum heredem inſtitutum eum libertate*, Iulianus in l. qui ſoluendo 42. *Qui ſoluendo non erat duos Appollonios liberos, heredeſque eſſe iuſsit*. Florentinus in l. ſi alienum 49. *Si alienum ſeruum liberum, & heredem eſſe iuſſi*. Paulus in l. ſi is qui ſoluendo 55. *Liberum & heredem inſtituerit*, & in l. ſi is qui ſoluendo 57. *Seruum cum libertate heredem inſtituerit*, & in l. ſi ſeruo 84. *Heres hunc eundem ſeruum cum libertate heredem reliquiſſet*. Gaius in l. ei qui ſoluendo 88. *Veluti ſi ſeruo cum libertate herede inſtituto*. Triphoninus in l. teſtamento 90. *Cum libertate heres inſtitutus*, D. de heredibus inſtit. Scæuola in l. vlt. §. penult. *ex his verbis: Si heres non erit, Stichus liber hereſque eſto, liber & heres exiſtet*. Item § vlt. *Eumque emptor liberum heredemque inſtituerit*, D. de vulgar. & pupillar. Marcianus in l. cum ſeruus 18. D. de cond. inſtit.

Cum ſeruus pure liber, & heres ſcriptus ſub conditione ſit, & in l. Diuus Pius 26. D. de manumiſ. teſt. *Cum ſeruo cum libertate ſubſtituto.* Denique Papinianus, qui omnium dignitatum apicem tenuit vice ſacra reſpondit in l. ſeruus vxori 76. D. de heredibus inſtit. *Idem ſi accipiat libertatẽ ſimul, & hereditatem, viro neceſſarius heres erit.* An non ſufficient 8
Oſualdo (cum pro ſua ſententia ne vnicum quidem adduxerit) tot Prudentum reſponſa, in quibus ſemper ſeruum heredem inſtitutum liberum eſſe iuſſum, vel ei libertatem fuiſſe datam præmittitur, vt ex inſtitutione ſola libertatem non competere fateatur? Quo enim erudiciſſimorum Iuriſconſultorum ſcriptis tam accurate fuiſſet repetitum ſeruo heredi inſtituto libertatẽ antea ſpecialiter conceſſam, ſi etiam ea non adſcripta ex ſola inſtitutione, & liber eſſet futurus & heres? Non equidem id ſuperflue factum concedat oportet, ſed vt oſtenderent, quod ex eorum reſponſis rectiſſimè, Iuris noſtri Magiſter collegiſti, ſeruum heredem inſtitutum nõ aliàs futurum heredemque, quam ſi heres inſtitutus expreſsè etiam libertatẽ acceperit. Idque manifeſtius quàm cæteri Vlpianus, & Iulianus docuerunt in d. l. quoties 9. §. fin. & in l. qui filio 38. §. ſeruo, D. de heredibus inſtit. vbi ſi proprio ſeruo hereditas pure, libertas autem in diem vel ſub conditione data fuerit, nõ ante ſeruum liberum, & heredem fore reſpondent Conſulti, quàm dies libertatis: *Quæ hereditatem moratur aduenerit.* Non igitur ſola ſcriptura inſtitutionis antiquo iure liberũ faciebat, & heredem: nam ſi feciſſet, nec dies libertati appoſitus hereditatẽ moraretur, nec fruſtra eſſet ſpectandus euentus, qui nihil foret operaturus. Vnde cum ſpectandum Vlpianus, & Iulianus ſcribant, nec antea ſeruum heredem futurum quam dies libertatis: *Quæ hereditatem moratur aduenerit*, ſequitur antiqua Iuriſprudentia ex ſola inſtitutione libertatem ſeruo non competiiſſe. Quod 10 cum noua humanitatis ratione contra tot Iuriſconſultorum reſponſa Iuſtinianus induxerit, vt ipſe in l. quidam 5. C. de neceſſar. ſeruis, & in §. idemque iuris eſt, Inſtit. quibus ex cauſ. manumit. non licet, apertè teſtatur, veriſſime

ſime vt cætera docuiſti, contra antiquam Iuris rationem hoc fuiſſe receptum.

11 Sed iam ad rationem illam, quam ex Iuſtiniano deſumpſit Hilligerus, examinandam accedere opportunum eſt. Ait ille, quod cum etiam olim ita ius fuerit, vt ſiquis ſeruum ſuum etiam libertate ſpecialiter non adſcripta tutorem filijs ſuis reliquiſſet, ex ipſa tamen tutelæ datione etiā libertas data videretur, l.ſi hereditas 10. §.vlt. l.quæro 32. §. vlt. D.de teſtamēt.tutel. Idem in hereditate fuiſſe ſtatutum, ex ipſamet iuris antiqui ratione potius quam

12 contra ipſam receptum videri debet. Sed huic obiectioni d. tit. 6. princip. 6. illatione 2. tu Illuſtriſſime domine, reſpondes: Non eſſe rectam ratiocinationem, cum in tutela ita comparatum ius fuerit, fauore non ſolum libertatis, ſed etiam pupillorum, quorum ætas miſeraque conditio alia pleraque ab inuita, vt ita dixeris, Iuriſprudentia extorſit; in hereditate autem ſolius libertatis fauor verſe-

13 tur. Quid ad hæc Oſualdus? viribus iam proprijs diffidēs, te ipſum tibi aduerſarium opponere tentat, ait enim id quod contra iuris rationem introductum hoc loco ſcribis, titulo 12. princip. 1. illat. 42. ex iuris ratione conſtitutum fuiſſe docere: nec animaduertit Oſualdus in hac

14 illat. 2. Non ideò rectā ratiocinationem eſſe, Fabrum negaſſe, quod contra Iuris rationem id in tutela receptum ſtatueret, ſed quia cum in tutela, & libertatis, & pupillorum, in hereditate tātummodo libertatis fauor occurrat, vbi eadem ratio non fuit, idem ius admitti non potuit. Concedamus tamen hoc Oſualdo, & contra Iuris rationem in tutela id fuiſſe receptum, à te hoc loco ſcriptum fateamur, nullam tamen ideò antinomiam aut diſſonantiam in tuis ſcriptis inueniet, quantumuis curioſo animo perlegat; dicto enim titulo 6. princip. 6. illat. 2. ideo docuiſti contra iuris rationem introductum, vt qui ſeruum ſuum tutorem filijs relinquit, etiam libertatem directo ei dediſſe cenſeatur, quia de Vlpiani, & Pauli reſponſis in d. l. 10. §. vlt. & dict. l. quæro 32. §. vlt. D. de teſtament. tutel. agebas in quibus benigna interpretatione noue id receptum

ptum conſtabat;at titulo 12.princip.1.illa l.41.cum Iuſtiniani cõſtitutionem in l.penult.verſ.cum igitur interpretareris,vbi idem ab Imperatore decernitur,eleganter ſtatuiſti,non inuita Iuriſprudentia, vt Cuiacio videbatur, à Iuſtiniano ita fuiſſe reſponſum, cum idem à Iuriſprudentibus etiam fuerit antea receptum, l. & ſi non adſcripta, C. de fideicom. libert. Prudentes itaque inuita Iuriſprudentia hoc benigna interpretatione induxerunt, d l.32.§. vlt. Iuſtinianus autem ex iuris ratione cõſtituit, quod ante eũm Iuriſconſultorum ſententijs obtinuerat.

EXERCIT. IX.

De Vlpiani, & Iuliani diſſenſu in l.qui mihi 13. D.de donationibus, & in l. per ſeruum 37.D.de adquirendo rerum domin. & interpretationes DD. & Cuiacij, & Donelli confutatæ.

INterim dum cætera, quæ aduerſus te Oſualdus contendendi auiditate certamina aggreditur, ipſe dimicanda ſuſcipio, primæ huius congreſſionis iudicium expecto.Nunc vero etſi indulgentia tua minimè abuti velim, temperare tamen mihi non poſſum, quin te conſulam, an quas propoſuero, inter antinomias iuris referendas cenſeas;an, vt ſoles, mirabili aliqua ſubtilitate cõciliesEgo namque libro 7.diſputationum Vlpianum aduer- 1
ſus Iulianum diſputaſſe coniectare auſim ex duobus Vlpiani reſponſis, ex eodem libro deſumptis, in quibus Iuliani ſententias apertè impugnat. Primum ſit in l.qui mihi donatum 13. D.de donat.Nam cum Iulianus lib.44.D. geſtorum in l. per ſeruum 37.§. fin. D. de adquirend. rer. domin. ſcripſiſſet. Si cum mihi donare velles, iuſſerim te ſeruo communi meo & Titij, rem tradere, iſque hac mẽte acceperit, vt rem Titij faceret, inutilem eſſe traditionem, nihilque actum videri; quemadmodum etiam nihil agetur, ſi procuratori meo rem tradideris, vt meam faceres,

res, iſque hac mente acceperit, vt ſuam faceret, Vlpianus lib. 7. diſputation. in d. l. qui mihi donatum 13. in eadem ſpecie contrarium reſpondet, ait enim, quod ſi ſeruo cõmuni eo animo res tradita ſit, vt mihi adquiratur, & ille vel ſic acceperit, quaſi ſocio adquiſiturus, vel quaſi mihi, & ſocio, mihi tamen non ſocio adquirit: nam & ſi procuratori meo eo animo res tradita ſit, vt mihi quæratur, & ille quaſi ſibi adquiſiturus acceperit, nihil agit in ſua perſona, ſed mihi adquirit. Itaque cum per ſeruum vel procuratorem, ſi non habuerit animum mihi adquirendi, poſſeſſionem non adquiri, Iulianus ſcripſerit, Vlpianus adquiri reſpondet, & actum quem inutilem eſſe Iulianus

2 exiſtimarat, vtilem cenſeri Vlpianus affirmat. Difficultatem hanc explicare interpretes antiqui conati ſunt, placuitque eorum interpretatio etiam recentioribus pleriſque. Omneſque in eandem ſententiam Conſultos adducere fruſtra laborarunt. Nihil enim minus in mentem Vlpiano venit, quam vt Iuliano, contra quem diſputabat, conſentiret quod etſi verbis negauerint, facto tamen ipſo interpretes faſſi ſunt, nullus enim adhuc Conſultos conciliare valuit.

3 Accurſius namque quem cæteri ſequuntur in d. l. per ſeruum, §. fin. ita illum textum interpretatur, vt verba hæc *Nihil agetur*, intelligenda ſint ſecundum Vlpiani ſententiam in d. l. qui mihi, addendumque illis, in perſona Titij vel in perſona procuratoris: ita enim eueniet, vt Iulianus Vlpiano conſentiat doceatque, ſeruum vel procuratorem alteri, vel ſibi adquirere volentem in alterius perſona, vel ſua nihil agere, domino tamen adquirere. Hanc Accurſij explicationem probat Cuiacius ad lib. 44. Digeſtor. Iuliani in d. l. per ſeruum, §. fin. Miror tamen virum doctum tam facile in gloſ. ſententiam abijſſe. Nam cum Iuliani reſponſum rationi iuris, & aliorum Prudentum placitis maximè congruat, Vlpiani autem ſententia his omnibus aduerſetur non Iuliani verba ſententiæ Vlpiani, ſed huius verba illius ſententiæ aptari debuerant. Alioqui enim efficiunt, vt cum alterius tantum Conſulti reſponſum con-

contra iuris regulas ſcriptum antea videretur, vtrumque nunc illis contrarium relinquant. Nam poſtquam placuit, vt quamuis per liberam perſonam, quæ iuri noſtro ſubiecta non eſt, nihil nobis poſſet adquiri, l. ſi ita ſtipulatus 126. § Chryſogonus, D. de verb. oblig. §. ex his, Inſt. per quas perſ. nob. adquir. §. alteri, Inſt. de inutilib. per procuratorem tamen poſſeſſio adquireretur, dict. §. ex his, l. 1. §. per procuratorem, l. quod meo in fin. princ. D. de adquirend. poſſeſſ. ita demum ea nobis adquiritur, ſi tam procurator noſter, quàm ſeruus eo animo ſint, vt velint nobis adquirere; etſi non ſuo nomine nacti fuerint, ſed hac mente, vt operam ſuam dumtaxat nobis accommodarent, poſſeſſionique noſtræ præſtarent miniſterium, dict. l. 1. §. hæc quæ, de ſeruis & §. per procuratorem, d. l. quod meo, D. de adquirend. poſſeſſ. Vnde ſi cum mihi rem donare velles, iuſſerim ſeruum meum poſſidere, & is eo animo in poſſeſſionem intrauerit vt nolit mihi, ſed potius Titio adquirere, expreſſè reſponſum eſt in d. §. hæc quæ, de ſeruis, non eſſe mihi adquiſitam poſſeſſionē. Quod cum ita ſit qua ratione Vlpianus per procuratorem, vel ſeruum, qui eo animo rem acceperunt, vt ſibi vel alio adquirerēt, nobis poſſeſſionem quæri reſpondet? Aut quo iure Iulianus in eandem ſententiam vi trahendus eſt? Hoc cū interpretes vidiſſent, adquiſitionē dominij ab adquiſitione poſſeſſionis diſtinxerunt, docueruntque textum in d. l. qui mihi donatum, D. de donat. & in l. per ſeruum 38. §. fin. D. de adquir. rerum domi. de adquiſitione domini accipi debere; Pauli autē reſponſum in d. l. 1. §. per procuratorē, & §. hæc quæ, de ſeruis, de adquiſitione poſſeſſionis intelligēdum. Nam cū dominium vnum ſit, poſſeſſiones plures, & idem dominiū, quod ipſe habuerat, in accipiētē dominus transferat, non antea illū amittit, quàm volūtate ſua ei, in quē transfertur, adquiratur, l. id quod noſtrum, D. de reg. iur. dominiū nāque ſolo animo nō amittitur, l. ſi quis vi 17. §. differentia, D. de adquir. poſſeſ. In poſſeſſione autem diuerſum eſt, tot enim ſunt poſſeſſiones, quot homines, poſſidere incipiunt, ideòque ſi eam rem, quam poſſideo, 5

velim

velim in te transferre, nouam conſequeris poſſeſſionem, quia ſtatim atque nolui, poſſeſſionem amiſi, d. l. ſi quis vi
6 17. §. differentia, D. de adquirend. poſſeſ. Hincque fieri docent, vt in d. l. qui mihi donatum 13. & in d. l. per ſeruum 38. §. fin. domini tradentis voluntas attendatur, cum dominium, de cuius agitur adquiſitione, non attento procuratoris, vel ſerui animo, illi ſtatim adquiri debeat, cui dominus adquirere voluit: nec mirum ſi in poſſeſſione cõtrarium Conſultus reſponderit in d. l. 1. §. hæc quæ, de ſeruis, & §. per procuratorem, ea namque à domino amiſſa, ſimul atque perdidit affectum poſſidendi, procurator in vacuam poſſeſſionem ingreditur, & nouam propria apprehenſione poſſeſſionem conſtituit, in qua cum nihil iuris prior dominus habeat, non eius animus, ſed procuratoris, vel ſerui voluntas attenditur: ideòque aiunt, cũ in d. l. qui mihi, & d. l. per ſeruum, §. fin. dominus rem meam facere voluerit, procurator autem vel ſeruus eo animo fuerint, vt ſibi vel vt Titio adquirerent, dominium ex voluntate tradentis mihi quæritur, poſſeſſio autem ex accipientis voluntate, ſibi vel Titio adquiritur. Ita hæc iura explicarunt Raph. Cuman. Alexand. & Iaſon in d. l. 1. §. per procuratorem, eorumque ſententiam poſtea ſequuti ſunt Duaren. in Comment. ad titulum, D. de adquirenda poſſeſ in d. l. 1. §. per procuratorem, Cuiac. tom. 3. ad tit.
7 C. de adquirend. poſſeſ. l. 1. Mihi differentia hæc inter dominium, & poſſeſſionem, vtpote à Conſultis tradita placet, ſed eam horum iurium explicationi minimè aptari debuiſſe arbitror. Nam cum per procuratorem poſſeſſio tantum poſſit adquiri, l. ea quæ ciuiliter 53. D. de adquir. rerum domin. dominium autem non aliter quàm ſi per poſſeſſionem adquiratur, §. ex his, Inſtit. per quas perſ. l. traditio 20. §. fin. D. de adquirend. rerum domin. ſequitur vt vel negandum ſit dominium per procuratorem fuiſſe adquiſitum, vel neceſſario fatendum, non aliter quàm cũ poſſeſſione ad dominum perueniſſe, ea namque domino non quæſita dominium per procuratorem nullo modo po-
8 tuiſſet adquiri. Quod & verba dict. l. qui mihi ſuadere viden-

dentur,ait namque Vlpianus,quod ſi ſeruus meus,vel procurator rem mihi donatam quaſi ſibi vel Titio adquiſituri acceperint,nihil agunt in ſua perſona,ſed mihi adquirũt. Atqui in perſona ſua vel Titij procuratorem vel ſeruum nihil agere minimè dixiſſet Conſultus, ſi vel ſibi, vel Titio poſſeſſionem adquiſijſſent.Nec enim poſſeſſionem adquirere nihil agere eſt. Exiſtimauit itaque poſſeſſionem, & per eam, domino adquiri dominium, cum & per procuratorem adquiſitionem fieri propoſuerit, & eum in ſua perſona nihil agere ſcripſerit. Aliter Donel. hanc diſcordiam componendam putauit lib. 5. comment. cap. 10. ait enim Iuliani ſententiæ in dict. l.per ſeruum,§.fin. locum eſſe in voluntate aperta procuratoris ſibi, non domino, adquirere volentis: Vlpiani autem reſponſum in d. l.qui mihi, de voluntate obſcura accipiendum, tunc videlicet cum ſeruus vel procurator rem meo nomine ſibi traditam ſimpliciter acceperunt,nihil de volũtate ſua teſtati. Hæc interpretatio iam olim ab Angelo excogitata fuit, eamq; Alexand. refert & reprehendit in d. l. 1. §. per procuratorem num.3. Rectè equidem cum nullum in dict. l.verbum ſit, ex quo differentia hæc à Donel. tradita colligi poſſit,plurima autem ex quibus nullam in illis diuerſitatẽ conſtituendam appareat, tam enim in vna lege quàm in altera procuratorem, vel ſeruum *Hac mente*, accepiſſe dicatur, vt ſibi vel alteri adquirerent:nec video qua ratione *Hac mente*,in reſponſo Iuliani de voluntate aperta,& eadẽ verba in Vlpiani ſpecie de tacita voluntate ſint intelligenda. Præſertim quia cum in iure tacita,& occulta voluntas non attendatur, l. ſi repetendi, C. de condict. ob cauſ. idemque ſit non eſſe, & non apparere, procurator qui meo nomine ſimpliciter accepit ſine aliquo indicio externo contrariæ voluntatis, eo animo accepiſſe à iure præſumitur, vt mihi adquireret: idque adeò verum eſt,vt etiam ſi contrariam voluntatem antea habuiſſe conſtiterit, eo ipſo quod ſine vlla proteſtatione ſimpliciter accipit, eam remiſiſſe videatur, l.cum in plures 60.§.locator 6.D. locati. Vnde ſi eam ſpecie Vlpianus diſputare voluiſ-

luiſſet, in qua de contrario animo non conſtaret, ſed procurator ſimpliciter meo nomine acceperat, ea mente eum accepiſſe, vt ſibi adquireret, minimè ſcribere debuiſſet, cum ſimiliter accipiendo *Hac mente* apprehendiſſe, vt domino adquireret, præſumatur.

11 Sed mihi diuerſas has Conſultorum ſententias poſſem ne aliquo modo conciliare cogitanti, explicatio quædam occurrit, quam etſi non probem, cæteris tamen ſubijcere volui, ne aliquis illa inuenta, eum commode Conſultos in concordiam adduci poſſe arbitretur, perperam me feciſſe iudicet, qui eos diſſenſiſſe putauerim. Occurrerat itaque poſſe dici in d.l. qui mihi, procuratorem animum habuiſſe adquirendi domino poſſeſſionem, non enim quaſi ſibi ſoli adquiſiturus accepit, ſed quaſi ſibi & domino. Ideòque Vlpianum rectè reſpondiſſe, in perſona ſua nihil agere, domino autem adquirere, cuius poſſeſſioni miniſterium præſtare voluiſſe conſtabat. At in d.l. per ſeruum, §. fin. procurator non ſibi, & domino, ſed ſibi adquirere voluerat, vnde cum operam ſuam domino accommodare non cogitauerit, ſed ſibi tantum adquiſiturus acceperit, nihil ei poteſt adquirere. Non poſſeſſionem, cuius adquiſitio procuratoris indiget voluntate, d. l. 1. §. hæc quæ, de ſeruis, & §. per procuratorem. Non dominium, quod ſine poſſeſſione per liberam perſonam minimè quæritur, d. l. ea quæ ciuiliter, D. de adquirend. rerum domin. l. traditio. §. fin. D. de adquirend. poſſeſ. Ideòque Iulianus indiſtinctè, nihil agi reſpondet, quia nec in procuratoris, nec in domini perſona, nec quoad dominium, nec quoad poſſeſſionem aliquid agitur.

12 Poteſt autem interpretatio hæc etiam ex vtriuſque legis verbis colligi: Vlpianum namque de eo procuratore loqui, qui ſibi & domino adquiſiturus accepit, infertur, ex eo, quod exemplum hoc procuratoris illi clauſulæ ſubiecit, in qua de ſeruo, qui rem alteri domino donatam, illi & ſocio adquirere voluit, tractauerat: vnde cum huic rei comprobandæ exemplo procuratoris vtatur, vt indicant illa verba, *Nam etſi procuratori*, in eadem ſpecie, & cum

eiſdem

eiſdem qualitatibus accipiendum eſt, eademque ratione diuerſæ id in Iuliani reſponſo intelligendum exiſtimabam: loquitur namque Conſultus de ſeruo, qui rem mihi donatam non ea mente accepit, vt mihi & Titio, ſed vt ſoli Titio adquireret, docetque nihil agi, quia ſeruus noluit mihi quærere poſſeſſionem, ad cuius deciſionis confirmationem cum exemplum procuratoris adducat, ſic accipi debet, vt in omnibus ſuperiori ſpeciei accommodetur, vt ſicut ſeruus qui ſoli Titio adquiſiturus acceperat, nihil agit, ita & procurator, qui non ſibi & domino, ſed ſibi ſoli adquirere voluerat, nihil agere dicatur. De hac theſi Iulianum egiſſe ex eo etiam colligitur, quod poſtea illum caſum per aduerſatiua verba in verſ. *quod ſi*, proponit, in quo ſeruus communis mihi & ſocio adquiſiturus acceperat; Vlpianique ſententiam ſequutus in perſona alterius domini nihil agi, mihi tamen adquiri reſpódet. Vnde veroſimile eſt, in procuratore idem Iulianum reſponſurum, ſi eandem ſpeciem tractaſſet. Sed etſi hæc 13 interpretatio Iuliani reſponſo conueniat, Vlpiani tamen ſententiæ bonafide aptari non poteſt, nihil enim intereſſe putat, an ſeruus ſocio tantum, an mihi & ſocio adquiſiturus acceperit, & ideò in vtroque caſu nihil agi in alterius perſona, ſed ſoli mihi adquiri poſſeſſionem docet, vt indicant illa verba, ſeruus, vel ſic accepit, quaſi ſocio adquiſiturus: vel ſic quaſi mihi & ſocio. Et paulò inferius, placet quamuis ſeruus hac mente acceperit, vt ſocio meo, vel mihi & ſocio adquirat, mihi tamen adquiri. Arbitror itaque Vlpianũ in hac quæſtione à Iuliano diſſenſiſſe, aduerſus cuius opiniones hoc lib. 7. diſputabat, vt argumento quoque eſt, l. ſi ego 18. D. de rebus credit. ex eodem lib. 7. diſputationum deſumpta, & ſimilem contra Iulianum Vlpiani diſputationem continens, vt ex ſequentibus apparebit.

EXERCIT. X.

Vlpianum lib.7. diſputat. contra Iulianum diſputaſſe etiam ex l.ſi ego 18.D.de rebus creditis,& l. cum in corpus 36.D.de adquirendo rerum domin.colligitur,& fruſtra interpretes in illis conciliandis laboraſſe,confutatis eorum ſententijs demonſtratur.

CVm pactis & conuentionibus res inter aliquos ge-
1 ritur, idque agitur vt dominium transferatur, non
ſolis & nudis pactis perfici hoc poteſt, traditio nã-
que ad eam rem neceſſaria eſt, l. traditionibus. C. de pa-
ctis. Quod cum ita ſit, & tradirio præcipua adquirendi do-
minij cauſa habeatur, naturalique æquitati conuenientiſ-
ſima, §. per traditionem, Inſtit. de rerum diuiſione, merito
Iulianus in l. cum in corpus 36, D. de adquirendo rerum
dominio, de conſenſu tractat qui circa traditionem inter-
uenire debeat vt dominium trãsferatur, docetque in cor-
pus quod traditur, contrahentes cõſentire oportere, quod
ſi fecerint, licet in traditionis cauſa diſſenſum ſit, effica-
cem tamen traditionem eſſe, & proprietatem in accipiẽ-
2 tem tranſire. Quæ Iuliani ſententia ita erit accipienda, ſi
tã cauſa, ex qua res trãditur, quàm ex qua accipitur, ha-
bilis ſit ad dominium transferendum, tunc enim rectè di-
citur diſſenſum circa cauſam dominij translationem non
impedire, cum tam is qui rem tradidit, quam is qui acce-
pit, in hoc conſenſerint, vt dominium transferatur: velu-
ti, ſi ego credam me ex teſtamento tibi obligatum eſſe, vt
fundum tradam, tu exiſtimes ex ſtipulatione tibi eum de-
beri, nec intereſſe aliquid Iulianus exiſtimat; vtrum ex
vtraque cauſa dominium perpetuo, & ſine ſpe recipiendi
transferatur; an vero ex vna: ex altera autem animo, &
opinione reddendi: licet enim in hoc cauſæ differant, dũ
tamen in illo conueniant, vt & is qui tradidit, dominij
transferendi animum habuerit, & qui accipit, hac mente

acce-

acceperit, vt dominus efficiatur, non animaduertere ſe Conſultus ſcribit, cur inefficax futura ſit traditio. Ideò que ſubijcit, ſi pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia,& tu eam quaſi creditam accipias,proprietatem ad te tranſire, nec impedimento eſſe quod circa cauſam dandi, atque accipiendi diſſenſerimus. Non expreſſit Iu- 3
lianus, ex qua cauſa dominium transferri ſenſiſſet, an ex mutuo: ſed ex mutuo pecuniam adquiri exiſtimaſſe veriſimilius eſt, cum qui donat animo donandi, minoris etiã libe ralitatis,mutuandi ſcilicet, affectum includat,facilius namque pecuniam daret, vt quandoque reciperet, qui ſic dedit vt nunquam ad ſe reuertatur. Hancque fuiſſe Iulia- 4
ni ſententiam ex Vlpiano colligitur, qui cum eam lib. 7. diſput. in d. l.ſi ego 8. D. de rebus credit. retulerit, Iulianum ſcripſiſſe donationem non eſſe narrat. Sed ipſe Vlpianus,nec mutuum eſſe ſentit,nec ex aliqua cauſa dominium adquiri: ait enim: *Si ego pecuniam tibi quaſi donaturus dedero, tu quaſi mutuam accipias, Iulianus ſcribit donationem non eſſe: ſed an mutua ſit videndum. Et puto nec mutuam eſſe: magiſque nummos accipientis non fieri cum alia opinione acceperit.* Cenſet itaque Vlpianus, quoties alia opinione res tradita, alia & diuerſa voluntate accipitur, inefficacem eſſe traditionem, nec ad dominij translationem, vt Iulianus crediderat, conſenſum in cauſa ſufficere.

Hanc Iuriſconſultorum pugnam ſedare Interpretes 5
varijs modis aggreſſi nunquam obtinuerũt. Ac ſicuti nulli eorum alterius ſatisfacit explicatio,ita mihi omnes à vero errare videntur, dum fruſtra conciliare conantur quos tam apertè conſtat diſſenſiſſe: quod iudicium iuuenili audaciæ non prius Illuſtriſſime domine,tribuas obſecro,quã rationibus iuris adductum, an vero opinione propria deceptum, ita exiſtimaſſe cognoueris.

Prima huius nodi ſolutio Accurſ. fuit, quam Bartol. & 6
cæteri in d. l. ſi ego ſequuti ſunt, nulla alia ratione quàm quod vt Paulus de Caſtro antiquorum ſubtiliſſimus interpres fatetur: *Non potuerunt dare meliorem,* ita enim ſcribit in d. l. ſi ego num.8, aiunt itaque *Creditam*, in l.cum in

corpus debitam ex cauſa mutui ſignificare. Diſtinguuntque inter obligationis conſtitutionem, & diſſolutionem,
primo Iuliani exemplo inducti, vt diſſenſus circa cauſam
impedimento non ſit, quominus valeat ſolutio, dominiũque ex ſolutione trãsferatur, obſtet autẽ eius translationi
inefficacemq; traditionẽ reddat, ſi de obligatione conſtituenda tractetur: itaque ſi ego tibi pecuniam quaſi donaturus dedero, tu in ſolutum ex mutui cauſa accipias validam eſſe traditionem ſcribunt, & ita accipiendum eſſe
Iuliani reſponſum: quod ſi pecuniam à me tibi donatam,
quaſi mutuatam acceperis, diſſenſum translationem dominij impedire docent, cum noua ſit conſtituenda obligatio: idque ſenſiſſe Vlpianum in d.l. ſi ego, cui diſtinctioni vt verba Iuliani poſſent accommodari: *Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quaſi creditam accipias*, ita interpretantur, *tu eam in ſolutum accipias, quaſi à*
7 *te antea creditam, & nunc ex mutui cauſa tibi ſolutam.* Placuitque hæc interpretatio Alciato lib. 5. Parerg. cap. 15.
quamuis verbis & ſententia Conſulti refragantibus, quæ
in contraria ex diametro ſignificatione accipi nunquam
debent; contraria autem ſunt, ſicut obligare, & liberare,
ita credere, & ſoluere, idemque eſt dicere verba illa: *Tu
quaſi creditam accipias, tu quaſi ſolutam accipias*, ſignificare,
ac ſi dixiſſent; *Tu exiſtimes me tibi credere*, perinde accipiendum ac ſi eſſet ſcriptum, *Tu exiſtimes me tibi ſoluere.*
Quod quam ſit difficile, nulli non patet: præſertim cum
in verbo *Creditam tibi*, aut *Mihi creditam* intelligi neceſſe
ſit. Quod cum vtrunque defuerit, ſuppleri non aliunde
oportet, quam ex præcedenti oratione, vt ſicut in ea pecuniam numeratam tibi tradam, ſcriptum eſt, ita in ſequenti clauſula verbo: *Tibi*, repetito, *Tu eam quaſi tibi creditam accipias* legamus. Quis autem, tibi creditam, ſolutam tibi ex cauſa mutui interpretari audebit? Cum verba
non ex opinionibus ſingulorum, ſed ex communi vſu, &
propria ſignificatione exaudiri debere conſtet, l. Labeo
in fin. D. de ſuppel. legat. Sed præterea cum Iulianus generaliter docuerit diſſenſum circa cauſam inutilem non
red-

reddere traditionem, ad obligationis tantum ſolutionem reſtringi non debet, ea ſolum ratione, quod in prima legis parte exemplo ſolutionis vſus fuit. Nam nec exempla arctant regulam, & vt eam quam propoſuerat, generalem eſſe, & ad omnes caſus pertinere Conſultus ſignificaret, vnico non contentus, alterum in obligatione conſtituenda exemplum conſtituit.

Duarenus ad tit. de rebus credit. & ſi cert. pet. cap. 2. 8
quæſt. 1. reiectis aliorum opinionibus aliter hanc difficultatem explicandam exiſtimat: ſibi enim videri ſcribit, ſpecies has, de quibus tractamus, diuerſas eſſe, & in altera errorem deprehendi, in altera diſſenſum: ex hac autem differentia diuerſitatem iuris naſci: in dict. l. cum in corpus, errorem interueniſſe affirmat. Ego enim pecuniam Titio tradebam donãdi animo quam ille mutuam ſibi tradi exiſtimabat, & ea opinione falſus accipiebat, cum ex cauſa donationis eum pecuniam accipere cogitarem, negotiũque ita geſtum proponebatur, vt nec mihi ſuus, nec illi meus animus innoteſceret. At in d. l. ſi ego diſſenſum manifeſtum fuiſſe Duarenus putat, & vtrique contrahẽtium de alterius volũtate conſtitiſſe, hincque fieri vt diſſenſus inutilem reddiderit traditionem, quam error efficacem eſſe non impediret.

Hæc interpretatio iam olim, à Petro de Bexu Doctore 9
Mediolanenſi tradita, à Iaſone in d. l. ſi ego num. 5. refertur. Sed ni fallor, nulla alia ratione quàm antiquitate cõmendatur. Nam in d. l. cum in corpus, vbi errorem tantum interueniſſe ſibi Duarenus perſuaſit, de diſſenſu agi ipſamet verba clamitant, ait enim Iulianus: *Cum in corpus quidem quod traditur, conſentiamus, in cauſis vero diſſentiamus.* Et Paulo poſt: *Nec impedimento eſſe, quod circa cauſam dandi atque accipiendi diſſenſerimus.* Quæ cũ adeò aperta ſint, vel eorũ non meminiſſe, vel ne Conſulti diſſentirent, omnem hunc diſſenſum Duarenum ſuſtuliſſe dicendum eſt. Sed 10
fruſtra equidẽ inſudauit, cũ etiá diſſenſu ſublato, & in eius locum errore ſubſtituto, non minoris diſcordiæ cauſa re-

linquatur. Si enim diſſenſus circa cauſam, dominij tranſlationem impedit, etiam error quominus dominiũ transferatur, erit impedimento: errori namque & diſſenſus ineſt, cum qui errant, minimè conſentire videantur, l. ſi per errorem, D. de iuriſdict. omnium iud. Vnde etiam reſponſum eſt, neminem errantem dominium rei ſuæ amittere, l. ſi procurator meus 35. D. de adquir. rerum domin. Pugnabunt itaque nihilominus Conſulti, etiamſi alterum reſponſum de errore alterum de diſſenſu intelligatur. Nam qui diſſenſum impedire dominij translationem ſcribit, errorem idem efficere præſupponit, & qui errorem impedimento non eſſe docet, etiam diſſenſum traditionem impedire negat.

Donellus itaque lib. 4. Commentar. cap. 18. ſcribit, ſi
11 pecuniam tibi traditam donandi animo tu quaſi creditã accipias, rectè Iulianum in d. l. cum in corpus, reſpondiſſe proprietatem in accipientem tranſire, cum non minus donatio, & mutuum quam cæteræ cauſæ in ſuperiori reſponſi parte relatæ, dominium transferant: hincque euenire, vt etſi in cauſis diſſentiant, in dominij tamen tranſlatione nullus inter cõtrahentes diſſenſus ſit: nam & qui donat, dominium vult in accipientem transferre, & qui ex cauſa mutui accipit, in id conſentit, vt in ſe dominium transferatur. Quæ licet ita ſint, & Vlpianus in eadem ſpecie nummos accipientis non fieri doceat, tamen Conſultos non diſſenſiſſe Donellus affirmare non dubitat, ea nẽpè ratione, quia diuerſo attento effectu vtrumque dici poteſt, & proprietatem in accipientẽ tranſire, vt Iulianus ſcribit, & nummos accipientis non fieri, vt Vlpianus reſpondet. Nam ſi initium & traditionis tempus ſpectemus, nummos accipientis fieri rectè dicitur, transfertur namque eorum proprietas ex voluntate manifeſta dantis & accipientis, d. l. cum in corpus. At ſi effectum traditionis, & vſum iuris attendamus, eoſdem nummos accipientis non fieri dici poterit, cum non fiant perfectè; & ita vt ex voluntate dantis penes accipientem ſemper maneant: ea enim in iure capi, & ad aliquem peruenire dicuntur, quæ man-

manſura apud eum ſunt, non quæ ad tempus conceduntur, licet earum fuerit dominium tranſlatum, l. aliud eſt capere 71. D. de verbor.ſignific. l. omnis 139. §. 1. D. de regul. iuris. Concludit ergo Donellus priori ſignificatione, reſponſum Iuliani, poſteriori, Vlpiani placitum accipiendum, ita vt non ea ratione doceat nummos accipientis non fieri, quod eorum proprietas non transferatur, ſed quia non ita transfertur, vt ſecundum voluntatem dantis perpetuo manere, nec repetenti reddi debeant: ſentit namque Donellus, nummos accipientis nõ fieri tanquam donatos, fieri tanquam creditos, Iulianumque ex cauſa mutui proprietatem tranſire docuiſſe, Vlpianum nummos fieri accipientis ex cauſa donationis negaſſe, ex mutui autem cauſa conceſſiſſe.

Sed miror verba Vlpiani Donello quominus hæc ſcriberet non obſtitiſſe; ait Conſultus: *Sed an mutua ſit videndum; & puto nec mutuam eſſe: magiſque nummos accipientis non fieri, &c.* Nam ſi mutuum non eſſe Vlpianus ſcribit, quomodo ex cauſa mutui dominium transferri ſenſiſſe eum credendum eſt? Præſertim quia ſi, vt Donellus ſibi perſuaſit, ſtatim proprietatem ex cauſa mutui tranſire cenſuiſſet Conſultus, conſumptio, vt mutuum conſiſteret, non fuiſſet neceſſaria, l. ſi à furioſo 12. D. ſi cert. petat. quam, vt condictio competere poſſit, Vlpianus requirit. Nihil itaque agit Donellus, dũ in illis verbis explicandis laborat, quibus etiam ſublatis eadem ſupereſſet difficultas. Illa enim clauſula, *Magiſque nummos accipiẽtis non fieri*, penè ſuperflua eſt, cum qui mutuum non eſſe dicit, ex cauſa mutui nummos accipientis non fieri ſatis exprimat: vnde etiamſi integram illam non explicaſſet tantum, ſed ſuſtuliſſet, nihilominum diſſentientes reliquiſſet Conſultos. 12

Non rectum itaque Oſualdi iudicium, qui d. lib. 4. cap. 18. in not. lit. C. hãc Donelli ſolutionem, & expoſitionem cæteris præfert, ſcribitque Vlpianum rem omnem æſtimare ex opinione accipientis, vt ei quatenus adquirere nummos voluit, adquirantur, perperam equidem, cum accipiens mutuam pecuniam crediderit, ac veluti ex 13

mutuo acceperit; & tamen doceat Conſultus, nec mutuum eſſe, nec nummos accipientis fieri; ideóque vindicationem locum habere nummis nondum conſumptis.

14 Succedat iam Cuiacij interpretatio huic Donelli expoſitioni penè contraria, cenſet vir doctiſſimus lib. 13. Digeſtorum Iuliani, ad l. cum in corpus, verum eſſe quod Vlpianus in dict. l. ſi ego, docuit, mutuum non eſſe, nec aliter nummos in accipientem tranſire, quàm ſi conſumpti fuerint, nec contrarium ſcripſiſſe Iulianum in dict. l. cum in corpus, quamuis enim dicat mutuum eſſe, intelligi debet ex poſtfacto, quia pecunia ab accipiente bona fide conſumpta, mutuum poſtea fuiſſe videbitur, quod ab initio non fuit, & condictio competet, quam vocant debent depenſis, vt Vlpianus in dict. l ſi ego, ſcribit. Sed non minus hanc ſolutionem verba Iuliani reijciunt, quàm Vlpiani verba ſuperiorem Donelli interpretationem. Iulianus enim: *Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi animo, & tu eam quaſi creditam accipias, proprietatem ad te tranſire* ſcribit, *nec impedimento eſſe quod circa cauſam dandi atque accipiendi diſſenſerimus.* Atqui ſecundum Cuiacij explicationem vtrumque contra euenit, nam nec proprietas in accipientem tranſit, & impedimento eſt circa cauſam diſſenſus. Si enim proprietas tranſijſſet, conſumptio neceſſaria non eſſet, quæ inefficacium traditionum ſupplementum eſt, l. ſi à furioſo 12. cum l. ſequenti, l. non omnis 19. §. ſi pupillus, D. de rebus credit. & ſi circa cauſam diſſenſus non obſtaſſet, mutuum ab initio conſtitiſſet, nec vt ex poſt facto conualeſceret, conſumptione eſſet adiuuanda traditio. Negat igitur ſua hac expoſitione Cuiacius id omne quod Iulianus affirmat, nam cum Iulianus, & traditionem efficacem eſſe, & diſſenſum circa cauſam, dominij non impedire translationem ſcripſerit, & mutuum ab initio validum eſſe docuit, & conſumptionem neceſſariam eſſe negauit: quomodo namque impedimento non eſſe dixiſſet? Quod adeò translationi dominij obſtat, vt ſi conſumptio non interuenerit, nec pro-

prie-

prietatem transferri, nec condictionem, ſed vindicationem competere, certum ſit? Et præterea cum Iulianus in 5
dict. l. cum in corpus, de conſenſu tractet, quod in traditionibus interuenire oportet, vt dominium transferatur, doceatque conſenſum in corpus rei traditæ ſufficere, licet in cauſis diſſenſum ſit, idque exemplis probare contendat, inepte exemplum illud ſubieciſſet in quo, ſi Cuiacio credimus, non ex traditione tranſit in accipientem proprietas, ſed ex conſumptione, quæ ideò neceſſaria eſt, quia conſenſum non fuit: hoc enim exemplo non ſuam confirmaſſet quin potius deſtruxiſſet ſententiam, cum ex eo neceſſario inferatur, conſenſum circa corpus, ſi in cauſis etiam conſenſum non fuerit, nullius eſſe momenti, & diſſenſum circa cauſam inutilem traditionem efficere, ſiquidem non ex ea, ſed ex conſumptione transfertur dominium.

Reluctantibus itaque nunc huius, nunc illius reſponſi verbis in illis conciliandis irritus interpretum labor eſt: 6
nihil enim minus agit Vlpianus quã vt Iuliani opinioni, contra quem hoc lib. 7. diſputat, aſſentiatur. Quod vel ex ſola hac l. ſi ego, colligi potuiſſet. Nam cum eandem ſpeciem, quam Iulianus in dict. leg. cum in corpus, tractauerat, ipſe etiam proponat, refert Iulianum, donationem non eſſe, ſcripſiſſe; ſed cum proprietatem tranſire crediderit, mutuum eſſe exiſtimaſſe veroſimile eſt. Sed Vlpianus qui traditionem inutilem eſſe, & dominium ex ea minimè transferti putabat, negotium quod donationem non eſſe, etiã ipſe Iulianus fatebatur, an mutuum ſit, vt Iuliano viſum eſt, inquirendum ſcribit. Reſpondetque nec mutuum eſſe, nec accipientis nummos fieri, neceſſariamque eſſe conſumptionem, vt condictio non vindicatio competat: & hanc ſententiam, Iuliani opinione, vtpote veriorem recipiendam eo loci Vlpianum latius diſputaſſe crediderim; ſed ſecuit Tribonianus diſputationis contextum, & ſententiæ Conſulti argumentis ſublatis, dubitationi, vel quæſtioni deciſionem adiunxit, Vlpianum

enim poſt illa verba, *Sed an mutua ſit videndum:* Non ſequentia: *Et puto, nec mutuam eſſe.* Sed dubitationis cauſas, & rationes iuris, quibus à Iuliani opinione recedere cogebatur, ſubieciſſe veroſimile eſt. Nec enim aliter à tanti Iuriſconſulti opinione recedere tutum ei, aut honeſtum fuiſſet.]

17 Hoc itaque diſſidium ægrè conciliari poſſe exiſtimat Nicolaus à Salis in ſicilimentis iuris, in d. l. ſi ego: quod & nos exiſtimauimus cum has Epiſtolas ad Antonium Fabrum ſcripſimus: poſtea autem cum inſtitutionum libros ex inſtituto Academiæ publicè interpretaremur, ex Iuſtiniani mente, qui nihil ſe in his libris contrarium reliquiſſe profitetur, hæc iura ita intelligi poſſe cenſuimus: vt quamuis nuda traditio dominium non transferat, niſi iuſta cauſa præceſſerit, l. nunquam 31. D. de adquirendo rerum dominio, vbi Giphan. Petr. Gregor. lib. 20. ſyntagm. cap. 10. num. 3. Donel. lib. 4. comment. cap. 16. Tamen vbi cauſa aliqua præceſſit etiãſi circa cauſam diſſenſerint contrahentes, dominium in accipiẽtem transferatur, veluti ſi inter nos actum ſit de certa pecuniæ quãtitate tibi donanda, & ſimul de mutua etiam alia, ſed eiuſdem etiã quantitatis præſtanda; quamuis enim poſtea ego pecuniã in donationis cauſam tradiderim, & tu in mutui cauſam acceperis, proprietas tamen in te transferatur, quia vterque noſtrum in dominij translationem conſenſit, & iuſta præceſſit cauſa: nam licet ante rei interuentum obligatio ex mutuo non naſcatur, l. qui pecuniam 30. D. de rebus cred. tamen ipſe mutui contractus ſufficiens cauſa eſt ad traditionem; ſicut, & ad ſtipulationem, quæ ſimiliter ſine cauſa non conſiſtit, l. 2. §. circa, D. de doli mali, & metus excep. iuncta l. in bonæfidei 7. D. de eo quod certo loco, l. ſi pœnam 68. D. de verborum obligat. Præſertim cum traditione ipſa, & rei acceptione mutui obligatio adſtringatur dict. l. qui pecuniam 30. in qua contrahenda vtriuſ-
18 que conſenſus interuenerat. Et de hac ſpecie accipiendum Iuliani reſponſum in dict. l. cum in corpus conſtat,

ex

ex eo quod nõ ex nullitate, aut validatione cauſæ vel cõtractus agit Conſultus, ſed de diſſenſu circa cauſam quam veram, & habilem præceſſiſſe ſupponit, vt indicat totius l. contextus, & colligitur manifeſtè ex ſtipulationis, & legati exemplis. Nam nec ſtipulatio per traditionem contrahi, nec legatum relinqui poterat, neque traditio valere, niſi contracta fuiſſet ſtipulatio, vel legatum relictum eſſet, dict. l. nunquam nuda 13. D. de adquirendo rerum dominio. Vnde ſimiliter ſi contractus mutui non præceſſiſſet, dominium ex eo transferri non poſſet, non propter diſſenſum in cauſa, ſed propter cauſæ defectum, cũ contractus non conſtitiſſet.

At vero in dict. l ſi ego 18. non de traditione ex cauſa, 19
quæ præceſſerat, celebranda, ſed de cauſa, vel contractu per ipſum traditionis actum ineundo tractatur, & conſequenter de contractus conſiſtentia, & validatione, vt apparet ex illis verbis? *Iulianus ait donationem non eſſe, ſed an mutua ſit, videndum*: vnde rectè Vlpianus docet, nec donationem, nec mutuum eſſe cum alia opinione acceperit, & ad mutui obligationem cõtrahendã vtriuſque conſenſus deſideretur, dict. l. 1. §. 1. D. de pactis, dict. l. ſi & me, & Titium, D. de reb. credit. eum autem caſum à Conſulto proponi, quo ipſo traditionis actu contractus celebrabatur; euincitur ex verbis: *Si ego tibi pecuniam quaſi donaturus dedero.* Tunc enim in ipſa traditione donaturus præſtabam non antea præſtiteram, aut de donando egeram: & ex §. ibi: *Si ego quaſi deponens dedero.* Nam in ipſo deponendi negotio diſſenſus interuenit. Remanet igitur, de diſſenſu circa ipſum contractum Vlpianum tractare Iulianum autem de diſſenſu circa contractum, quem habilem præceſsiſſe fatetur.

Verum licet in ſupra dict. ſpecie propter diſſensũ con- 20
tractus mutui non conſtiterit, & conſequenter nec nummi accipientis facti ſint, ex inutili namque traditione, & contractu inualido dominium transferri non potuit: tamen ſi conſumptio fuerit ſecuta dominium dominus amit-

amittit, & ſi condictione de bene expenſis vtatur, exceptio ei doli nocebit dolo enim facit, qui occaſione Iuris Ciuilis, ex cuius regulis contractus nō valuit, contra propriam voluntatem petit, vt Conſultus ſcribit in dict. leg. ſi ego 28. & probatur ex l. 1. l. 2. §. itē quæritur, D. de doli mali, & met. except. docet eleganter Cuiac. in dict. l. ſi ego vbi, & Donel. ad titulum de reb. creditis.

Hæc ſunt, in quibus tuam nunc deſidero interpretationem, plura equidem, quam à Præſide, & tantis rebus occupato viro, ſed non plura quàm à magiſtro & amico ſciſcitari oportuit. Præſertim cum meas litteras non ſolum eo tibi gratiores futuras, quo longiores fuerint, affirmaueris, ſed etiam dum de omnibus dubitationibus conſuli gaudes, tales eſſe iuſſeris. D. Barretus negotiorum, & curarum pertæſus, in otium ſecedere parat: vir equidem etiam in hoc prudētiſſimus, cuius etſi cauſa gaudeam, mea tamen doleo, cum & optimi viri communicatione caritutus ſim, & meæ litteræ alia, & nondum cognita via ad te ſint perferendæ. Sed in hoc quoque amoris tui extat indicium, qui cum hoc euenturum præuideris, negotium Reuerendiſ. D. Anaſthaſio Germonio commendaueris, cuius deinceps beneficio incomparabili iucunditate, & vtilitate, quam ex tuis litteris accipio, frui continget, quæ tanto nunc mihi vtiliores, tantoque magis neceſſariæ futuræ ſunt; quanto ius interpretanti maiores dubitationes occurrent, quæ Delphicum reſponſum flagitent. Pater tuas accepit litteras, humanitatemque non minus quàm eruditionem, & eloquentiam admiratus, tanti viri amicitiam meruiſſe gaudet. Quod autem paterni meique nominis commemorationē tuis ſcriptis facere promittis, quāti faciam, verbis exprimere non valeo. Quid enim iucundius laude, præcipuè ſi à tam docto tamque laudato viro tribuatur? Aut quid optatius, quàm vt tuis libris noſtræ amicitiæ extet monumentum? In quibus nihil eſt quod non ſit futurum æternum, nihil quod veræ Iuriſprudentiæ ſtudioſis non ſit gratum. Ex his non pauci litteras has

tuas

tuas typis mandari maximè cupiunt, & à me enixe petunt quod de tua humanitate, & in iuris ſtudioſos propenſo animo te non improbaturum ſpero: conducet autem maximè mihi, præcipuè Salmanticam proficiſcenti, ſi tuum hoc de meis ſtudijs teſtimonium omnibus innotuerit, & ſi has veluti commendatitias litteras à te Iuriſprudentiæ Principe, ad ſtudioſos omnes accepero. Et, ne Melchiorem tuum vlla ex parte ignorare videaris, nomen mihi Melchior de Valentia eſt, non Ioannes Melchior, vt, ex virgula iotæ ſimili, quam currente calamo nomini meo præfigere ſoleo, exiſtimaſſe te, proximarum litterarum oſtendit inſcriptio. Vale, mi Faber; & cum tota iſta familia mihi chariſſima communi Europæ vtilitati felix diu viue. Dat. Matrit.
Non. Septemb. ann.
1614.

Sit nomen Domini benedictum cuius ſapientia, & fortitudo ſunt.